



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Facultad de Derecho

**ANALISIS DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA
VOLUNTAD Y OTROS SISTEMAS PARA ENCONTRAR
LA LEY A LA QUE ESTAN SOMETIDOS LOS
CONTRATOS EXTRANACIONALES**

T E S I S

Que para obtener el título de

LICENCIADO EN DERECHO

p r e s e n t a

LUIS FERNANDO MAYANS PATIÑO

México, D. F.

1972



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A MI PADRE

cuyo ejemplo me ha guiado en la vida.

A MI MADRE

ejemplo de fortaleza moral,
por su estímulo, con todo cariño.

DE QUIENES APRENDI:

"que el amor, la lucha y el conocimiento son el impulso de la vida y ellos deben gobernarlos".

A MIS HERMANOS:

José Alberto,
Juan Francisco,
Carlos Manuel,
Jorge Ricardo,
Jaime Eduardo,
Rosa Linda

por el compromiso de permanecer unidos.

A MI FAMILIA.

A:

MI ABUELITA,

MI TIA MERCEDES,

con cariño por su gran ayuda.

A LAS FAMILIAS:

Montaño Mayans,

Muñoz Domínguez

con agradecimiento.

A MIS MAESTROS:

Dr. Mario de la Cueva

Dr. Ignacio Burgoa

Dr. Floris Margadant

Lic. Ernesto Gutiérrez y González

Lic. Alfredo Sánchez Alvarado

Lic. Elsa Bieler

Lic. Pedro Astudillo Ursua

Lic. Arsemio Farel Cubillas

**por su espíritu de lucha en la enseñanza de la ciencia del Derecho.
En agradecimiento por su influencia en mi vida y en la armazón de
las letras de esta tesis.**

AL Lic. Víctor García Moreno

**en quien la adversidad ha sido un estímulo .
Mi reconocimiento por su valiosa ayuda
en la elaboración de esta tesis.**

A MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS:

José Luis Alcalde Justiniani
Manuel Bravo
Alejandro Campos Viquez
Armando de la Rosa Cedillos
Edmundo de la Garza
Roberto del Río
Ricardo Flores Escárzaga
Pablo Gómez Sotomayor
Alfredo López Austin
Carlos Hussong González
David Muñoz Domínguez
Jaime Muñoz Domínguez
Alejandro Nadal
Jorge Olvera Quintero
Guillermo Ornelas Orozco
Porfirio Venegas
Jesús Villagómez Cabrera
Salvador Zarco Flores.

A LA MEMORIA DE:

**Eduardo Ferrer Carranza y
Oscar Mario Talavera**

**compañeros inigualables que vivirán siempre
para nosotros.**

PARA ANITA

A LATINOAMERICA

AL ESTADO DE CHIHUAHUA

A todos aquéllos que encaminan su vida a la construcción de un ser humano mejor, a la del "hombre nuevo".

PRIMERA PARTE

**EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LOS
CONTRATOS NACIONALES**

INTRODUCCION A LA PRIMERA PARTE

En materia de contratos la autonomía de la voluntad, juega un papel muy importante, por lo que consideré hacer un breve estudio de este principio, tanto en el derecho interno como en el derecho internacional privado; para saber si los postulados de este principio serían los mismos en materia de contratos nacionales como en el de los contratos extranacionales.

En los primeros cuatro capítulos de esta tesis he tratado de dar un panorama general del principio de la autonomía de la voluntad en relación con los contratos nacionales.

En el primer capítulo hago referencia a este principio, según la teoría subjetiva, la teoría objetiva y la ecléctica de Marcadé.

En el capítulo siguiente estudio los diferentes conceptos de este principio que nos da la doctrina.

El capítulo tercero trata de la relación entre la autonomía de la voluntad y las normas dispositivas y las de competencia normativa legal, así como los fines que persiguen las normas taxativas en nuestro Código Civil.

En el capítulo cuarto, hice un breve estudio de las disposiciones contenidas en el CC. Francés de 1804 y de nuestros CC. de 1870, 1884, y de 1928 en materia de contratos.

CAPITULO PRIMERO

EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

"La autonomía de la voluntad privada es sin duda, el dogma jurídico que se presenta en la actualidad dentro del campo del derecho, con mayor sentido polémico y contradictorio. La razón por la que se somete el dogma de la autonomía de la voluntad a serios análisis, es por escapar su problemática de una mera técnica jurídica; ya que la autonomía a la voluntad es la institución que arraiga inmediatamente en motivaciones sociológicas, políticas, económicas y filosóficas" (1).

Las posiciones clásicas que estudian a la autonomía de la voluntad son dos: la teoría subjetiva y la objetiva, haremos una rápida exposición de sistemas, indispensable a toda ulterior consideración.

"La escuela clásica del derecho natural, vincula la existencia y creación de los derechos subjetivos privados a la norma última, tope en sí misma que es la voluntad de Dios. El margen de actuación de la voluntad y la personalidad humanas quedan así limitadas por el derecho natural divino. Nada puede existir fuera de él y, lo que existe, en él se fundamenta" (2).

(1) Pichardo Estrada, Félix. La Autonomía de la Voluntad en el Orden Jurídico. Profr. Dr. Roberto A. Esteva Ruiz, México, Ed. Porrúa, 1958, pp. 28.

(2) Diccionario de Derecho Privado 33a. Reimpresión. Tomo I, Barcelona, Ed. Labor S.A., 1967, pp. 568.

1.- La Teoría Subjetiva

El nacimiento del iusnaturalismo laico hace tambalearse ese fundamento último y se inicia el período doctrinal del individualismo ⁽³⁾. Con el movimiento revolucionario francés que emerge contra el absolutismo, el 14 de julio de 1789, con la toma de la Bastilla en París, cansado el pueblo de la situación política económica y de los privilegios sociales que predominaban. Quiero decir que frente a los privilegios de una nobleza decadente, la burguesía, apoyada en una clase trabajadora que aún no tiene conciencia de sí misma, invierte el orden político y en un estado representativo se arroga el derecho de mandar por ser quien posee los bienes de riqueza.

Poniendo en manos de la burguesía triunfante la estructuración misma del estado francés dándole las bases a través de las ideas de igualdad, libertad y fraternidad para el status que se conoce bajo el nombre de liberalismo.

La ideología política de la revolución francesa toma como fuentes inmediatas las actas constitucionales norteamericanas y el pensamiento de Washington, Franklin y Jefferson, y de los Enciclopedistas en los que destacan Voltaire (1694-1778), Montesquieu (1689-1755) cuya tesis sobre la separación de poderes ha influido a través del espíritu de las leyes hasta nuestros días.

"La esencia del subjetivismo francés clásico, es el individuo fuente en sí mismo de unos derechos subjetivos inherentes a la personalidad anteriores (cronológicamente) y superiores (en la esfera jerárquica normativa) a la voluntad del estado" ⁽⁴⁾.

"Para el liberalismo político, el principio de la autonomía de la voluntad significa una cómoda explicación contractual, que determina aún instituciones tan importantes, co-

(3) Ibidem

(4) Ibidem pp. 566.

mo el estado, siendo por otra parte aquélla, reconocida como única fuente del derecho. Lo anterior se concibe como consecuencia lógica de entender al individuo al que se le imputaba una voluntad creadora como objeto de las instituciones sociales" (5).

"La filosofía del siglo XVIII encuentra en Juan Jacobo Rousseau la expresión más definitiva de la revisión criticista al viejo espíritu político que sostenía la autoridad tradicional del Monarca en un pretendido derecho divino. Rousseau, para no apoyarse en un orden natural metafísico que explicara la sociabilidad humana y el fundamenteo de la autoridad política, hubo de echar mano de una fuerza vinculatoria de expresión humana, recurriendo a la idea del contrato social, expresando que toda sociedad civil, es el resultado de un acuerdo entre sus miembros y que obedecer la Ley, que es expresión de una voluntad colectiva que deriva de la suma de facultades individuales, es obedecerse a sí mismo" (6).

El ginebrino rinde homenaje a la libertad individual "como medio para crear la voluntad general, que se inspira, a su vez, en un interés común".

"Las leyes serán actos de la voluntad general y el estado un organismo regido por las leyes emanadas de aquella voluntad general, cuando adopten la forma republicana" Rousseau deriva la existencia misma del estado de una voluntad general; de un contrato celebrado por los hombres mediante el cual delegan, en un ente superior, una parte de sus derechos, a cambio de la seguridad que da la vida organizada (8) y fundamenta en esa voluntad general la anti-tesis contra el absolutismo "si, pues, se descarta del pacto social lo que no es esencial se verá que se reduce a los siguientes términos: "Cada uno de nosotros pone su persona y po-

(5) Pichardo Estrada, Félix, Op. Cit. pp. 28.

(6) Ibidem pp. 53

(7) De Buen Lozano, Nestor. La decadencia del contrato, México, Textos Universitarios, 1965, pp. 49.

(8) Ibidem, pp. 217.

der bajo la suprema dirección de la voluntad general, y recibe en cuerpo a cada miembro como parte indivisible del todo. En el momento, en el lugar de la persona particular de cada contratante, este acto de asociación produce un cuerpo moral y colectivo, compuesto de tantos miembros como la asamblea de votos, el cual recibe de este mismo acto unidad, su yo común, su vida y su voluntad. Esta persona pública que se forma sí por unión de todas las demás, recibió antes el nombre de ciudad y ahora recibe el de república o de cuerpo político, el cual es llamado por sus miembros estado, cuando es pasivo; soberano cuando es activo; poder, comparándolo con sus semejantes" (9) Lo que desvincula o rompe en definitiva la tesis del origen divino y hereditario de los reyes.

"La Doctrina de la autonomía de la voluntad, sin límites precisos, pero con un contenido riquísimo, alcanza en Rousseau su máxima expresión.

"No sin razón afirma Rocamora que en él "la Doctrina de la autonomía de la voluntad llega a la cumbre de su exaltación en el proceso evolutivo de su historia. En ningún momento - agrega este autor - podrá alcanzar aquella un nivel de tanta plenitud" (10).

"Para Rousseau en consecuencia, el individuo llega a convertirse en el todo alrededor del cual gira la vida social y su voluntad individual queda de esa manera convertida en única fuente de derecho"(11).

"Caracteriza esta época Harold J. Laski afirmando que el cimiento jurídico de la sociedad cambió del Status al contrato. En vez de la uniformidad religiosa, aparece una gran variedad de credos, el concepto de soberanía sustituye al vago e impreciso de derecho divino y de derecho natural. El Terrateniente, el eclesiástico y el guerrero dejan su lugar de privile-

(9) Ibidem Cita No. 5, pp. 42.

(10) Ibidem, pp. 218.

(11) Pichardo Estrada, Félix, Op. Cit. pp. 53.

gio al banquero, al comerciante y al industrial. La ciencia desplaza a la religión. En el orden económico se plantan las bases del liberalismo, y su consecuencia necesaria el capitalismo y el imperialismo económico.

En el orden jurídico la ideología liberal burguesa de la Revolución de 1789 se manifiesta sobre todo en la declaración francesa de los derechos del hombre del 4 de agosto de 1789 y posteriormente con Bonaparte en el Código Civil Francés de 1804 conocido como Código de Napoleón.

Comentarios a este sistema

"Pero esta metafísica, que debía alimentar toda la filosofía política del siglo XVIII, defensora a ultranza del hombre, principio y fin del derecho, del hombre investido por naturaleza de unos derechos absolutos inherentes a su propia personalidad, anteriores y superiores al estado mismo, pierde luego de unos años toda su fortaleza que sólo era explicable en función de sus estrechas afinidades con el individualismo político triunfante" (13).

"Los dogmas de la escuela liberal clásica, llegan a revestir aspectos patológicos, ya que ignoraron el hombre en sus corresponsabilidades que lo integran esencialmente, o sea, en su naturaleza social" (14) "el individualismo en Rousseau llega a su paroxismo, aún cuando al magnificar al individuo lo aísla convirtiéndolo en un ser ideal, casi metafísico, desnaturalizando su ínsita constitución social" (15).

Este individualismo se concibe en otras palabras, "con el dogma de la autonomía de la voluntad en el derecho clásico al afirmar: "Quien dice contractual dice justo", fué la

(12) De Buen Lozano, Nestor, Op. Cit. pp. 42.

(13) Diccionario de Derecho Privado. Op. Cit. pp. 568.

(14) Pichardo Estrada, Félix, Op. Cit. pp. 60.

(15) Ibidem, pp. 53.

concepción de un mundo en que los individuos satisfacían sus necesidades jurídicas, como en un gran mercado en que todo era susceptible de convertirse en mercancía y en consecuencia, posible de transacción, en ejercicio de la autonomía de la libertad" (16).

Esta autonomía de la voluntad "no puede concebirse omnimoda, ya que el hombre individualmente considerado, es tan sólo un sujeto ideal por cuanto que su real naturaleza se encuentra en sus relaciones con los demás" (17).

"El derecho es, por esencia, regla de conducta social, y ese no relacionarse las esferas jurídico individuales acabaría por hacer su existencia inútil. Y sí, por otra parte, se admite por necesidad la coexistencia de esas esferas individuales protectoras de intereses privados, ¿cómo mantener una interdependencia entre ellas que no se funde en lo injusto? ¿Cómo evitar que el interés más poderoso destruya al menos dotado?" (18).

"Por otra parte la autonomía de la voluntad llegó a ser la expresión jurídica del principio del libre juego de las fuerzas económicas altamente preconizado por el liberalismo, llegando a convertirse en lo que irónicamente se ha dado en llamar la concepción de la libertad del hombre para morir de hambre" (19).

"Fue en uso de su libertad jurídica por la que se pactó jornadas exhaustivas, salarios misérrimos, en suma, negación de la condición humana. Esta libertad fue un mito y aún lo sigue siendo" (20).

"Creemos que corresponde al derecho objetivo imponer, limitando, el ámbito de actua

(16) Ibidem, pp. 60.

(17) Ibidem, pp. 63.

(18) Diccionario de Derecho Privado. Op. Cit. pp. 568.

(19) Pichardo Estrada, Félix, Op. Cit. pp. 28.

(20) Ibidem, pp. 61.

ción de la libertad humana. La fijación del límite en el que se autoriza a actuar a la autonomía de la voluntad, pertenecen al campo de la política legislativa, según se quiera desbordarla a la manera del liberalismo y aún negarla como en los regímenes políticos de tendencias totalitarias. Una vez más la convicción del justo medio, puede darnos la solución en la que por una parte se garantiza la libertad del hombre, y por la otra, según la frase de Salteilles se establezca: "El correctivo indispensable del derecho subjetivo, para conciliar los derechos del individuo con los de la comunidad" (21).

Nestor De Buen Lozano nos dice: "En plena época de liberalismo surgen las fuerzas con las que burguesía habría de enfrentar y aún hoy enfrenta luchas terribles. El hombre hizo mal uso de la libertad por la que tanto había sacrificado y vuelve la vista hacia sistemas de control que otrora había combatido. Una clase social despreciada - el proletariado - busca su propia salida y mientras lo logra, el pensamiento tiende al socialismo primero utópico y luego marxista" (22).

(21) Ibidem, pp. 63

(22) De Buen Lozano, Nestor, Op. Cit., pp. 62.

2.- La Teoría Objetiva del Acto Jurídico.

Es en Francia el "Realismo Jurídico que representa Duguit con la idea de la solidaridad, que le ha valido ser incluido por Bonnetcase entre los "Juristas románticos".

Desarrollaré someramente el pensamiento de León Duguit debido a la trascendencia que ha tenido este autor en la teoría así como su influencia en nuestro legislador en 1928.

Esta tesis sostiene que es la Ley, no la autonomía de la voluntad la creadora de los efectos jurídicos y niega a la voluntad individual ser fundamento de los derechos subjetivos, ya que éstos son un derivado de la norma objetiva negándose aún con Duguit la existencia del derecho subjetivo mismo. (23)

El profesor de la universidad de Burdeos critica la doctrina individualista en general y constata cómo el poder de las convenciones voluntarias nace de sí mismas y ni siquiera se trata de justificarlas en un precepto superior, a no ser el de la Ley que garantiza su ejecución. "Reconocida como autónoma la persona humana, todo acto de poder que de ella emane y que no se traduzca en un acto material contrario al derecho, debe ser protegido. La voluntad es protegida en sí y por sí, sólo porque es una voluntad" y esto para León Duguit es insostenible. (24)

(23) Pichardo Estrada, Félix, Op. Cit., pp. 64.

(24) Diccionario de Derecho Privado, Op. Cit., pp. 568.

Este autor hace un estudio del derecho subjetivo partiendo entre otros de Jellinek que lo define "es un poder de querer, o el poder de imponer a los demás el respeto de su voluntad. El derecho de crédito (nos dice Duguit) faculta al acreedor a imponer al deudor el respeto a su voluntad de ejecutar la prestación. Derecho subjetivo es, entonces, el resultado de poner dos voluntades en conflicto, una de las cuales es superior a la otra y que esto implica una jerarquía de voluntades y una medida de ellas en cierto modo y, en definitiva, "una afirmación sobre la naturaleza y la fuerza de la sustancia voluntad". Esto es una declaración de carácter metafísico y su solución excede de lo jurídico para invadir otras esferas que son ajenas al derecho. (25)

"Un sistema realista reemplaza a otro anterior metafísico e individualista". Porque la idea de la "solidaridad necesaria" se impone con fuerza real a toda construcción metafísica.

De donde que el concepto de derecho subjetivo está arruinado y siendo un concepto metafísico "no puede sostenerse en una época de realismo y de positivismo como la nuestra, en donde la noción de deber reemplaza a la de derecho. (26)

Duguit le niega a la voluntad individual un papel importante en el acto jurídico para que éste produzca consecuencia de derecho "ya no hay poder de voluntad, sino sumisión a las necesidades solidarias del grupo en que el hombre vive.

El concepto de libertad y de derecho subjetivo ceden su lugar a la función social negándole derechos al hombre y a la colectividad y considerando que la esencia del derecho, la consecuencia de aquella función social será la de solidaridad social o interdependencia

(25) De Buen Lozano, Nestor, Op. Cit., pp. 88.

(26) Diccionario de Derecho Privado, Op. Cit., pp. 568.

social (27) por lo que "el querer humano en materia jurídica, como en los otros dominios, no puede tener otro objeto directo inmediato que un movimiento corporeo del sujeto,- nos dice Duguit - "Si pues, el acto de voluntad tiene un valor jurídico, no es por la fuerza interna de la voluntad, sino porque tal voluntad ha sido manifestada de acuerdo con las reglas de derecho. El valor del acto no será considerado ya, únicamente en relación con las partes que lo han celebrado, sino en relación con todo el grupo, en relación con todos los miembros del cuerpo social; será, pues, no un valor individual desprendido únicamente del interés de las partes, sino un valor social que se adquirirá solamente con la condición expresa de que la voluntad individual haya sido determinada por un fin que corresponda a la solidaridad social. (28)

El hombre no vive si no es respetada la solidaridad social cuyo fundamento es "una obligación de conformarse a la necesidad de esa misma solidaridad. Ya no hay poder de voluntad, sino sumisión a las necesidades solidarias del grupo en que el hombre vive. (29)

Nestor De Buen Lozano comentando la tesis de Duguit nos dice: no son totalmente aceptables los conceptos de Duguit en virtud, tal vez, de lo radical de los mismos. Estamos, v.g.r.; en absoluto desacuerdo con él en cuanto que niega la existencia del derecho subjetivo. Obviamente esa afirmación resulta demasiado exagerada.

Es evidente que en el sistema liberal el derecho subjetivo es el elemento motor. Pero tampoco es menos cierto que en un sistema socialista en menor grado, desde luego, también existen derechos subjetivos. Si se entiende que el derecho subjetivo es, simplemente: "La facultad derivada de una norma, que una persona tiene de hacer u omitir algo", al mo-

(27) De Buen Lozano, Nestor, Op. Cit., pp. 89

(28) Boone Manchaca, Pedro, Las Obligaciones Convencionales en el Derecho Internacional Privado. México, Tesis Profesional, U.N.A.M., 1966, pp. 124.

(29) Diccionario de Derecho Privado, Op. Cit., pp. 568.

do de García Máynez, resulta claro que siempre habrá normas jurídicas que faculten al individuo a actuar de cierta manera configurándose por lo tanto al derecho subjetivo. Radbruch ha dicho que en un sistema político transpersonal existirá siempre un margen, por reducido que sea, para la libertad individual. El error de Duguit es hacer descansar el concepto de derecho subjetivo en la voluntad y ver en él una concepción metafísica, incongruente con una tendencia positiva y realista, cuando en rigor el derecho subjetivo no es más que una categoría jurídica. (30)

El extinto Profesor de esta facultad, Félix Pichardo Estrada, comentando la tesis de Duguit dice "Lo inaceptable dentro de las teorías objetivas, en las que se ignora la matriz histórica de donde deriva el negocio jurídico, es la reducción de la autonomía de la libertad a un mero elemento generador del acto jurídico y considerar a la norma jurídica la causa de los efectos jurídicos. (31)

3. La Teoría Ecléctica.

De estos dos grandes sistemas ha surgido una teoría ecléctica defendida por Marcadé quien sostiene que la voluntad y la Ley son incapaces si actúan aisladamente, para producir los efectos de derecho respecto del acto jurídico y que los efectos de derecho resultan de la conjunción de la Ley y la voluntad siendo insuficientes ambos, por sí mismos para producirlos.

Siendo la Ley la fuente del derecho contractual requerirá de la voluntad para que puedan producirse sus efectos. (32)

De igual manera dentro de una etapa de derecho positivo, ley y autonomía de la vo-

(30) De Buen Lozano, Néstor, Op. Cit., pp. 95.

(31) Pichardo Estrada, Félix, Op. Cit., pp. 47.

(32) De Buen Lozano, Néstor, Op. Cit., pp. 165.

luntad se corresponden, se correlacionan de tal manera que no podemos hablar de negocio jurídico sin que se asiente éste en una norma jurídica, como no podemos hablar igualmente de negocio jurídico sin que entren en juego la libre autodeterminación del hombre y la expresión del consentimiento en sus diversas formas. (33)

(33) Pichardo Estrada, Félix, Op. Cit., pp. 47.

CAPITULO SEGUNDO

LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LA DOCTRINA

LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LA DOCTRINA

Diversos son los conceptos sobre la tesis de la autonomía de la voluntad que la doctrina nos ofrece; para el efecto de esta parte de mi trabajo he tomado como base la tesis para adquirir el grado de doctor, de Nestor De Buen Lozano, intitulada "La decadencia del contrato".

Francesco Messineo, autor italiano, nos dice respecto del Código Civil Italiano del 30 de marzo de 1942, que "El principio de la autonomía de la voluntad que consagraba su predecesor y que éste tomó del Código Civil Francés. Pese a las múltiples limitaciones que se imponen a dicho principio, la libertad contractual debe considerarse la regla, y el límite la excepción y, por lo tanto, como límite que es, para que tenga vigor debe ser declarado expresamente. Así debe entenderse lo dispuesto en el artículo 1322, al tenor del cual: "Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley y por las normas corporativas.

"Las partes pueden también concluir contratos que no pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina particular, con tal que vayan dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico".

La autonomía de la voluntad o libertad contractual tiene, según Messineo, diversos significados y pueden señalarse los siguientes: (34)

(34) De Buen Lozano, Néstor, Op. Cit., pp. 108-109.

a).- Ninguna de las partes queda facultada para imponer unilateralmente a la otra el contenido del contrato y éste debe ser el resultado de un libre acuerdo de voluntades. Por lo mismo, el Código prohíbe que prevalezcan en un contrato las condiciones generales impuestas por uno de los contratantes a no ser que el otro las conozca o "hubiera debido conocerlas usando la diligencia debida" (Art. 1341, primer párrafo) y en ningún caso serán exigibles si contradicen las condiciones específicamente anotadas, cuando se empleen formularios "dispuestos para disciplinar de modo uniforme determinadas relaciones contractuales" (Art. 1342).

b).- Respetando las normas legales de carácter imperativo tanto generales para todos los contratos, como específicas del contrato que se pretenda celebrar, el contenido del contrato podrá ser fijado por las partes a su albedrío. Esta facultad se refiere: "a la medida y a las modalidades de las prestaciones singulares, a la agregación o no de determinadas cláusulas al tiempo de la ejecución y otras análogas...".

c).- Las partes pueden derogar las normas dispositivas o supletorias en los contratos singulares, estableciendo un régimen distinto del legal.

d).- En algunas materias se admite la autodisciplina, esto es, la disciplina establecida por las mismas partes interesadas ("en el llamado contrato normativo"). (35)

e).- En los contratos innominados se pueden realizar finalidades prácticas aún no previstas por la ley, pero en todo caso el reconocimiento del mismo quedará condicionado a que el contrato se dirija a "realizar intereses merecedores de tutela, según el ordenamiento jurídico" (Art. 1322). (36)

(35) Ibidem, pp. 109.

(36) Ibidem, pp. 110.

La libertad contractual tiene señalados límites diversos. Tales son, según el mencionado autor italiano, en primer término, los casos en que uno solo de los contratantes formula el contrato, sin que el otro pueda concurrir a su determinación en segundo lugar, constituye un límite a la libertad contractual, la necesidad de que el contrato deba respetar las normas legales imperativas las normas corporativas y las de la política económica planificada. El tercer límite lo forma la prohibición de realizar contratos innominados a cuyo objeto constituya un interés no merecedor de la tutela jurídica. El cuarto consiste en la prohibición de la autodisciplina, en aquellos contratos que deben ser regidos por normas imperativas.

¿Cuáles son las normas de Ley a que se refiere el artículo 1322, antes transcrito, y que debe entenderse por normas corporativas? acerca de las primeras sostiene Messineo que debe partirse para dilucidar la cuestión, de la tradicional división en normas imperativas, normas dispositivas, normas supletivas y normas interpretativas. Desde luego, serán fundamentalmente las imperativas aquellas que limiten a la voluntad de las partes y podrán referirse a la forma del acto (orden estructural) o a la necesidad de que el contenido del contrato se someta a determinados "cánones inderogables" cuya omisión determinará la nulidad del pacto. Ahora bien, deben ser consideradas de orden imperativo también las normas relativas a la capacidad y a los vicios de la voluntad y los que regulen la disciplina de las modalidades del contrato, a las anteriores cabe agregar las normas dictadas de acuerdo con principios de orden público y de buenas costumbres, que suelen ser de orden prohibitivo Messineo cita, entre otras, las siguientes:

- a) La prohibición de incluir en un contrato cláusulas que limiten la responsabilidad patrimonial en los casos de culpa o de dolo.
- b) La prohibición de la usura.
- c) "El principio de la inserción automática o de la prevalencia de ciertas cláusulas".
- d) La sanción de invalidez de aquellas cláusulas que dejarían a uno de los contratan

tes en manos del otro.

- e) La represión de la mala fe y el deber de observar la buena fe.
- f) El manejo de la equidad como productora de efectos en contrato o como criterio de valuación de las prestaciones recíprocas.
- g) La limitación temporal en los convenios que prohíben la competencia.
- h) La obligación a cargo de quienes prestan servicios privados de interés público, por concesión estatal, generalmente sobre la base de monopolio, de contratar con todo el que lo solicite y de dar igualdad de trato a todos los contratantes.

Las normas dispositivas y supletorias, a no ser que la ley disponga otra cosa, serán también inderogables por voluntad de los particulares.

Las interpretativas no suelen ser reguladoras del contrato en virtud de que no existen tales normas respecto del contrato sino únicamente con relación a la voluntad de los contratantes.

Normas corporativas eran en derecho italiano, hasta el decreto del 14 de septiembre de 1944, que eliminó del Código la mención de "orden corporativo" contenida en varios artículos, las ordenanzas corporativas, los convenios económicos colectivos, los contratos de trabajo y las sentencias de la magistratura del trabajo.

Existen algunos contratos en cuyas estipulaciones las partes no gozan de libertad económica, generalmente se debe a normas dictadas bajo la forma de leyes o decretos del gobierno; el jurista italiano afirma que son variables en su contenido debido al carácter contingente de las situaciones económicas a que se refieren, y su característica principal será la de circunscribir al campo en que se mueven los particulares. Obedecen a una política que acepta varias denominaciones: "economía controlada o coordinada, o racionalizada o vinculista o programática.

También admiten igual clasificación los llamados "controles preventivos" y las autorizaciones para el ejercicio de determinadas actividades económicas y así como planes económicos, así como los planes económicos del Estado. De todos ellos deriva una restricción que puede ser directa o indirecta, a la voluntad de los contratantes.

Para Messineo el contrato moderno sigue siendo el instrumento de la iniciativa y de la autonomía privada y como tal debe entenderse y estudiarse.

En nuestro concepto el Código Civil Italiano conserva un principio de autonomía de la voluntad aunque limitada por cuestiones de orden público entendiendo que de él forman parte primordial los factores económicos. (37)

Según afirman los Mazeaud, "la voluntad de las partes les otorga la posibilidad de contratar de no contratar, de fijar las condiciones del contrato y de modificar al contrato a su conveniencia e, inclusive, ponerle término".

Para Marty la doctrina de la autonomía de la voluntad, como fundamento del derecho, puede sintetizarse en dos proposiciones:

"Primera.- Salvo rarísimas excepciones no hay obligación sin voluntad.

Segunda.- Toda obligación nacida de la voluntad es por esto mismo justa".

Betti define a la autonomía de la voluntad considerándola como: "la actividad y potestad de autorregulación de intereses y relaciones propias desplegada por el mismo titular de ellas. (38)

El extinto jurista mexicano Borja Soriano sostiene:

El concurso de voluntades que caracteriza al contrato se entiende, según la teoría clásica como el acuerdo de las libres voluntades de los contratantes.

(37) Ibidem, pp. 110-114.

(38) Ibidem, pp. 219.

La noción de libertad individual se expresa habitualmente diciendo que todo lo que no está prohibido está permitido. Esto es lo que en el dominio del derecho se llama el principio de la autonomía de la voluntad.

Este principio fue acogido por el Código Napoleón (Art. 1134) y por nuestros códigos de 1870 (Art. 1535) y de 1834 (Art. 1419) el Código de 1928 lo ha relegado a segundo término según la expresión del Sr. Lic. García Téllez.

De acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad nos dice el tratadista mexicano, las partes son libres para celebrar o no celebrar contratos y, al celebrarlos, obran libremente y sobre un pie de igualdad, poniéndose de acuerdo unos contratantes con otros, fijando los términos del contrato, determinando su objeto sin más limitaciones que el orden público. Esta limitación se encuentra consignada en términos generales en el Art. 6 del Código Napoleón, en el Art. 15 del Código de 1884 y en el Art. 6 del Código de 1928, según el cual, "la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero". Esto quiere decir que los particulares pueden estipular en sus contratos todo lo que no sea contrario a una ley y aún pueden convenir en lo que sea contrario a una ley si ésta no es de interés público sino sólo supletoria de la voluntad de las partes.

Concluye el extinto maestro mexicano "actualmente, el principio de la autonomía de la voluntad no ha desaparecido sino que sigue siendo la base del derecho moderno en materia de contratos, pero esa autonomía está ya considerablemente debilitada pues cada vez la ley impone mayor número de limitaciones a la libertad contractual.

La verdad es, como dice Planeol, que la "voluntad de los particulares no es absolutamente libre ni está absolutamente sujeta a la ley sino que goza de una autonomía parcial!" (39)

(39) Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Tomo I. México, Ed. Porrúa, 1939, pp. 173-175.

Gert Kummerov, citado por Nestor De Buen Lozano, recoge el mismo principio expuesto por Borja Soriano de que el elemento básico de la autonomía de la voluntad sigue siendo el consentimiento de los sujetos ligados por el contrato, implica el reconocimiento del principio de lógica jurídica de que: "lo que no está jurídicamente prohibido, está jurídicamente permitido", y establece en seguida que los corolarios de ese principio en el Derecho Civil pueden resumirse así:

- a) Los individuos son libres para obligarse o para no hacerlo;
- b) Los individuos son libres para discutir las condiciones del contrato, determinando su contenido, su objeto y sus efectos, con la única limitación del respeto al orden público y las buenas costumbres...
- c) Los individuos pueden escoger las normas que mejor convengan a sus intereses, rechazar las supletorias y atenerse sólo a las reglas tipo.
- d) En principio, ninguna formalidad se establece para la manifestación de la voluntad, ni para la prueba del acuerdo, las solemnidades son excepcionales.
- e) Las mismas partes pueden determinar los efectos de las obligaciones. Si algún conflicto surgiera entre ellas con motivo de una violación de la norma creada, el órgano estatal limitará su misión a descubrir la intención de las partes, aplicando la sanción que las propias partes exijan, sin entrar a examinar si tal sanción recibe efectiva realización en lo práctico.

Los intereses individuales libremente discutidos, concuerdan con el bien público. (40)

Para Nestor De Buen Lozano los límites de la autonomía pueden resumirse en las siguientes notas definitivas:

- a) "La voluntad es libre de decidir en un contrato, respecto de todo aquello que la ley

(40) De Buen Lozano, Néstor, Op. Cit. pp. 220.

no le prohíbe o le ordena.

- b) Aún cuando no se incluyan se entenderá que en todo contrato operan per se las cláusulas que se refieren a los requisitos esenciales.
- c) Las cláusulas relativas a los elementos naturales de un contrato se entienden implícitas en el mismo, salvo que expresamente se excluyan.
- d) Las normas relativas al orden público y a las buenas costumbres son inderogables por voluntad de los particulares.
- e) Las consecuencias derivadas de la buena fe, el uso o la ley, resultan aplicables a los contratos por encima de lo que se hubiere pactado.
- f) La cláusula penal nunca podrá exceder en valor o en cuantía a la obligación principal". (41)

La autonomía de la voluntad faculta a las partes:

1o. Para contratar. La libertad para contratar es la facultad del sujeto para celebrar un contrato respecto a un objeto determinado.

2o. Para no contratar. La libertad para no contratar autoriza al sujeto para rechazar una oferta determinada.

3o. Para determinar las condiciones del contrato. Existe el ejercicio de la autonomía de la voluntad cuando las partes que celebran un contrato pueden establecer libremente las condiciones que estimaren oportunas.

4o. Para modificar el contrato. Mediante la autonomía de la voluntad las partes tienen la posibilidad de fijar que en un principio las condiciones y modalidades del contrato y de común acuerdo modificarlo posteriormente.

5o. Para dar por terminado un contrato. Por medio de la autonomía de la voluntad las partes de común acuerdo pueden dar por terminada una relación contractual. (42)

(41) Ibidem, pp. 226.

(42) Ibidem, pp. 227-229.

CAPITULO TERCERO

LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD, LAS NORMAS DISPOSITIVAS Y LAS DE COMPETENCIA NORMATIVA LEGAL

LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD, LAS NORMAS DISPOSITIVAS Y LAS DE COMPETENCIA NORMATIVA LEGAL

1. Las normas imperativas y las dispositivas.

La distinción entre las llamadas normas imperativas y las dispositivas, reviste especial interés tratándose de la autonomía de la voluntad, ya que tradicionalmente se ha considerado que las llamadas normas imperativas son superiores a la voluntad individual, en tanto que las segundas se someten al arbitrio de esa voluntad.

"El principio en el que tradicionalmente se ha operado con las normas, es el que establece una presunción de que todas ellas están sometidas a la voluntad, salvo que se exprese una naturaleza contraria a este principio, propio de las llamadas imperativas. El límite de actuación de la autonomía de la voluntad, es misión de las normas imperativas y éstas operan cuando es necesario establecer principios que se orientan hacia las necesidades de imposición de deberes, tendientes principalmente a realizar entre otros, los valores de justicia social".

"Si se tiene la idea de que el interés individual se halla situado en la dirección jurídica por él deseada, se concederán derechos al individuo por medio de las normas facultativas o dispositivas; en caso contrario cuando los fines perseguidos por él deben de contravenir al egoísmo individual, el legislador deberá recurrir a las normas imperativas".

"Las fronteras entre las normas imperativas y las dispositivas, no permanecen invariables ni fijadas de una vez por todas, sino que pertenecen a un ritmo variable histórico, a

través de fases en un mismo orden jurídico".

"Las normas supletorias ponen en juego el principio de la autonomía de la voluntad, pero las limitaciones a ese principio se obtienen mediante normas imperativas" (43) que son inderogables por voluntad de los particulares. Cambiando según los usos de la vida, las costumbres sociales y la práctica de comercio jurídico, realizándose un traspaso continuo desde una a otra esfera (44) y "del balance entre unas y otras es el resultado de la tendencia estatal, bien en favor de la libertad de las partes, o por el contrario, en favor del intervencionismo o hacia la socialización, con la consiguiente limitación al juego de la voluntad" (45)

Ferrara citado por Borja Soriano nos dice: "La Ley ejercitando una función reguladora de las relaciones sociales, provee a que el arbitrarío de los ciudadanos en su desenvolvimiento no se ponga en pugna con el interés de la sociedad y por eso circunscribe su campo dentro de confines determinados, refrenando a la voluntad de los contratantes en todas aquellas manifestaciones que reputa dañosas a la convivencia social y a las necesidades e intereses del comercio. Se tiene así una restricción de la libertad contractual impuesta por la necesidad de salvar al interés colectivo de la preponderancia de la autonomía privada". (46)

Del Vecchio nos ofrece las definiciones siguientes: "Las normas taxativas (llamadas también *ius cogens*) son - a tenor de la doctrina corriente - aquéllas que mandan o imperan independientemente de la voluntad de las partes, de manera que no es lícito derogarlas, ya absoluta, ya relativamente en vistas al fin determinado que las partes se propongan alcanzar; porque la obtención de este fin esté cabalmente disciplinado por la norma misma. Se suele

(43) De Buen Lozano, Néstor, Op. Cit., pp. 116.

(44) Pichardo Estrada, Félix, Op. Cit., pp. 74.

(45) De Buen Lozano, Néstor, Op. Cit., pp. 166.

(46) Borja Soriano, Manuel, Op. Cit., pp. 211.

cltar a este propósito la máxima: "Jus Publicum Privatorum Pactis Mutari Nequit".

Las normas jurídicas dispositivas ("ius dispositivum o ius suppletivum") son aquellas que valen sólo si y en cuanto no existe una voluntad diversa de las partes, manifestada legalmente". (47)

García Maynez, al clasificar las normas desde el punto de vista de su relación con la voluntad de los particulares, las divide en taxativas y dispositivas y siguiendo a Del Vecchio nos da la siguiente definición:

Son taxativas "aquellas que obligan en todo caso a los particulares, independientemente de su voluntad. Llámense dispositivas las que pueden dejar de aplicarse, por voluntad expresa de las partes, a una situación jurídica concreta". (48)

Del Vecchio y García Maynez dividen a las normas dispositivas en interpretativas y supletivas. Para Del Vecchio las primeras se presentan como aclaración o interpretación de una voluntad que las partes hayan expresado de modo incompleto y obscuro y las segundas presuponen de un modo directo y expreso, la falta o carencia de alguna declaración de voluntad para la relación de que se trate; y su existencia trae consigo, el que las partes al determinar una cierta relación jurídica, puedan eximirse de indicar aquellas cláusulas, que se entienden empero cabalmente comprendidas en el negocio jurídico, en tanto que no haya sido dispuesta otra cosa por las partes". (49)

García Maynez nos dice de las normas interpretativas "como su nombre lo indica, sirven para interpretar la voluntad de las personas que han intervenido en un negocio jurídico,

(47) Del Vecchio, Giorgio, Filosofía del Derecho. Trad. y Pról. Luis Recasens Siches, Vol. I, Barcelona, Ed. Bosch, 1929.

(48) García Maynez, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, Pról. Virgilio Domínguez, 11a. Edición, México, Porrúa, 1963, pp. 94.

(49) Del Vecchio, Giorgio, Op. Cit., pp. 100.

las supletivas se aplican en ausencia de una regulación especial establecida por los contratantes". (50)

Borja Soriano al referirse a la división de las leyes en permisivas o supletorias, prohibitivas o preceptivas o imperativas en relación con los actos de los particulares en cuanto a su validez nos dice respecto a las leyes permisivas "hay numerosas leyes dictadas con el único fin de determinar los efectos de los contratos cuando sobre ellos no han expresado su voluntad los contratantes, supliendo su silencio y que por lo mismo pueden ser derogadas por los particulares. Dada la naturaleza de este tipo de leyes, es evidente que el hecho de obrar en contra de ellas no es ilícito. (51)

Según Colfn y Capitant, comentando el código napoleónico, afirma "Las relaciones jurídicas patrimoniales de los individuos, sus derechos y sus obligaciones respectivas, son en principio obra de su voluntad autónoma". Es el derecho privado el que sirve de instrumento para asegurar la voluntad de las partes toda vez que las normas interpretativas o supletivas, "califican la relación jurídica sobre la que actúan, como perteneciendo al mundo del derecho privado, y las imperativas como derecho público. Esta noción de Derecho Privado establece una sinonimia con el derecho económico o patrimonial, aún cuando surge inmediatamente la afirmación de que las normas relativas al derecho de familia escapan a aquel carácter supletivo atribuido a las normas económicas privadas.

De Diego en su obra "Fuentes del Derecho Civil Español" afirma que el derecho civil entendido como derecho privado, no hace sino consagrar el principio de la autonomía de la voluntad. Al hombre se le deja desplazar dentro del campo permisivo jurídico, para realizar sus fines concretos de tipo jurídico y realice los actos que le convengan y le dé el contenido

(50) García Maynez, Eduardo, Op. Cit., pp. 94.

(51) Borja Soriano, Manuel, Op. Cit., pp. 210-211.

que él quiera; por lo que el derecho se concreta a dar garantías a esa libre posibilidad de disposición de bienes jurídicos y concretamente esa libertad del hombre sancionada por el derecho, se reconocen a los contratos, en la ordenación económica del matrimonio y en la sucesión mortis causae".

"Es interesante observar el proceso histórico de formación de todo derecho positivo, nos dice Pichardo Estrada a propósito de las normas llamadas supletivas y normas imperativas. En sus orígenes todas las especificaciones contractuales son convenidas caso por caso; la reiteración de contratos de uso común, tales como pueden ser el mutuo o la compra-venta, llegan a adquirir difusión por su constante (opinio juris), proveyéndose de sanción dentro del grupo de entender algunas disposiciones como implícitamente convenidas aún cuando ya no sean expresamente contratadas".

"Este uso reiterado de reglas jurídicas toma conciencia de obligatoriedad dentro del grupo en virtud de la práctica constante (opinio iuris), proveyéndose de sanción dentro del grupo social".

Este tránsito de costumbre reiterada a norma obligatoria, vale como un medio de interpretación del negocio a la vez que como regla jurídica imperativa dentro del grupo, ya que es un comportamiento típico acostumbrado de las partes y éstas se concentran disciplinadas por el uso.

El tránsito final de estas costumbres jurídicas sancionadas por el grupo que las ha auspiciado, deviene una forma de norma jurídica estatal, o sea que son objeto de una prescripción legal reconociendo ésta, la fuente indirecta derivada de los usos sociales. Estos usos recogidos constituyen la esencia de las llamadas normas dispositivas, extraídas de la observación de lo que se ha creído conveniente hacer lograr en la práctica del comercio jurídico, representando un precipitado histórico de los efectos de ese tráfico, cristalizadas y codificadas.

"Reconociendo estas normas supletorias su origen en la costumbre, revisten a la vez el

carácter de normas interpretadoras en casos dudosos, ya que anuncian una regulación legal como se ha dicho, derivada del uso y de las costumbres; por lo que el juez utilizando los instrumentos interpretativos a su disposición, si no ha llegado a desentrañar el significado del negocio jurídico, puede significarlo, atribuyendo el real alcance de la convención entre las partes, con apoyo en los usos imperantes". (52)

Del Vecchio hace la siguiente observación respecto de las normas dispositivas "y así ha sucedido muchas veces que ciertas cláusulas que han ido deviniendo poco a poco tradicionales en determinados negocios, por pactos expresos, han acabado al fin siendo sobreentendidas. Precisamente una de las razones de las normas dispositivas es la presunta voluntad de las partes; pero ésta no es la única razón, porque al fijar tales normas, puede también haberse tenido en cuenta la naturaleza intrínseca de la relación y el peso de los intereses, en concurrencia, y de los colectivos".

Las normas dispositivas a veces se refieren a puntos particulares de un determinado negocio, pero a veces se refieren, en cambio a toda la generalidad íntegra de una institución jurídica, como por ejemplo, la sucesión legítima que tiene lugar a falta de testamento. (53)

García Maynes nos da como ejemplo de una norma jurídica de interpretación el artículo 1958 del código civil para distrito y territorios federales, que dice "El plazo se presume establecido en favor del deudor, a menos que resulte, de la estipulación o de las circunstancias, que ha sido establecido en favor del acreedor o de las dos partes". (54)

Como se puede ver de este artículo transcrito en el cual se revela el carácter dispositivo de la regla ya que las partes pueden establecer una norma diversa de la que la misma formula.

(52) Pichardo Estrada, Félix, Op. Cit., pp. 74-75.

(53) Del Vecchio, Giorgio, Op. Cit., pp. 100-101.

(54) García Maynes, Eduardo, Op. Cit., pp. 95.

Para el maestro Pichardo Estrada nos dice que "la labor interpretadora del juez mexicano se encuentra regulada en el artículo 20 del código civil al establecer que cuando haya conflicto de derechos a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia, se decidirá a favor del que trata de evitarse perjuicios y no a favor del que pretende obtener lucro".

"Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados. (55)

Borja Soriano nos da los siguientes ejemplos refiriéndose a los artículos 2120 del mencionado código civil que determina que todo el que enajena está obligado a responder de la evicción, aunque nada se haya expresado en el contrato y a su vez el artículo 2121 del mencionado código de 1928, faculta a los contratantes a convenir en aumentar o disminuir los efectos de la evicción, o a que no se responda por la misma. Dada la naturaleza de las leyes supletorias o permisivas las partes conforme al artículo 2121 pueden derogar la disposición de lo contenido en el artículo 2120. (56)

Gutiérrez y González al hacer referencia a las normas supletivas nos da los siguientes ejemplos, el caso comprendido conforme al artículo 1018 en que el usufructuario no está obligado a hacer las reparaciones necesarias indispensables para mantener la cosa en el estado en que la recibió si la necesidad de estas provienen de vejez, vicio, intrínseco o deterioro grave anterior a la constitución de un usufructo a título gratuito. En virtud del carácter dispositivo de este precepto las partes pueden convenir en que sí se tenga esta obligación siendo su conducta válida y perfectamente lícita. (57)

(55) Pichardo Estrada, Félix, Op. Cit., pp. 77.

(56) Borja Soriano, Manuel, Op. Cit., pp. 211.

(57) Gutiérrez y González, Ernesto, Derecho de las Obligaciones. 2a. Edición, Puebla, Cajica, 1965. Pp. 230.

Se ha opinado que estos diversos tipos de normas son un reconocimiento a la autonomía de la voluntad y que encuentran sus límites en el interés público sancionado por el derecho objetivo, el cual habrá de dar preferencia a los intereses generales sobre el particular, orientados a la realización de valores morales, económicos y jurídicos y de bien común.

"La voluntad privada no puede considerarse como una facultad omnimoda como fuente directa del derecho objetivo, porque aún cuando es cierto históricamente que han pasado directamente disposiciones derivadas de la autonomía de la voluntad, como pudo haber acontecido con la institución del saneamiento por evicción en la compraventa, no puede considerarse que la norma objetiva encuentre sólo y directamente en la voluntad de las partes la fuente de todos sus preceptos. (58)

El Jus voluntarium se sanciona por nuestras disposiciones legislativas al establecer en el código civil de 1884 en su artículo 15 concordante del artículo 6 del Código Napoleón, que dice que: "las leyes en que se interesan el derecho público y las buenas costumbres, no podrán alterarse o nulificarse en cuanto a sus efectos por convenio celebrado entre particulares"; por su parte el código civil francés en su artículo 6, expresaba "no se pueden derogar por convenios particulares las leyes que interesen al orden público y a las buenas costumbres" a su vez el artículo 6 del Código civil de 1928, dispone que "la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley ni alterarla o modificarla". Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero" y el artículo 7 del mismo ordenamiento, preceptúa "la renuncia autorizada en el artículo anterior no produce efecto alguno si no se hace en términos claros y precisos, de tal suerte, que no quede duda del derecho que se renuncia. El artículo 2225 del multicitado código de 1928, establece que, "la ilicitud en el objeto... del acto produce su nulidad ya absoluta ya relativa, según lo disponga la ley. Este artículo debe entenderse en consonancia con el artículo 8 del mismo código que

(58) Pichardo Estrada, Félix, Op. Cit. Pp. 77.

prescribe "los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario. (59)

"De esta manera se sanciona el principio que reconoce carácter necesario e imperativo a determinado tipo de normas, principio éste necesario para la valuación del orden público.

El segundo postulado al que la autonomía de la voluntad se encuentra sometida es que ésta encuentra limitación en el orden público y las buenas costumbres".

"La libertad humana - dice Pillet - es hoy la regla, y las limitaciones asignadas a esta libertad en nombre del orden público no se justifican sino en cuanto son reducidas a su estricto sentido y a su papel de excepción".

"Por su parte, Planiol, a propósito del principio de la libertad afirma: "todo acto jurídico es obra de una o varias voluntades. ¿En qué medida dependen de las voluntades individuales las formas, condiciones y efectos de los actos jurídicos? La voluntad de los particulares no es absolutamente libre, pero tampoco está totalmente sometida a la ley: goza de una autonomía parcial cuya extensión trataremos de indicar...

"En primer lugar, existe una regla de derecho no consagrada expresamente pero cuya existencia es indudable: todo lo que la ley no prohíbe está permitido. La libertad constituye la regla, la voluntad privada es autónoma, salvo los límites fijados por la ley. Por tanto, bastará indicar estos límites legales". (60)

2. Clasificación de los fines que persiguen algunas normas imperativas en materia de contratos en el Código Civil vigente de 1928:

Los principales de estos fines serán los siguientes: (61)

(59) Borja Soriano, Manuel, Op. Cit., pp. 215.

(60) Pichardo Estrada, Félix, Op. Cit. pp. 77-78.

(61) De Buen Lozano, Néstor, Op. Cit. pp. 166.

1.- Exigencias de orden formal y las que resulten de la naturaleza jurídica de la Institución.

Estas normas se refieren a los requisitos del contrato, citaremos como vía de ejemplo las disposiciones contenidas en el código civil de 1928, relativas al contrato; en primer lugar, las normas que se refieren a los requisitos del contrato y que son el artículo 1794, 1795, el artículo 1796 en sus fracciones I, II y IV, y del artículo 1832 al 1834, y el artículo 1839 y haciendo una mención específica a las normas que prohíben que el contrato se celebre con un objeto, motivo o fin ilícitos, disposiciones que se encuentran en los artículos 1795, fracción III, 1827 y 1830.

El objeto, al tenor del artículo 1794 en su fracción II, constituye un elemento de esencia del contrato. En todo caso debe ser posible, o sea, ser compatible con las leyes de la naturaleza y con alguna norma jurídica.

Empleando la expresión del código civil, podemos afirmar, sería imposible jurídicamente, el objeto que atente contra de una norma jurídica que deba regirlo necesariamente y que constituya un obstáculo insuperable para su realización.

Para el objeto no basta, sin embargo, las anteriores notas diferenciales. El artículo 1825 dispone que es preciso que exista en la naturaleza (o pueda existir, cuando recaer sobre cosas futuras, salvo que se trate de la herencia de una persona viva, según se indica en el artículo 1826); que se ha determinado o determinable en cuanto a su especie y que esté en el comercio. (62)

Otra cualidad del objeto, tal vez la más importante es la que debe ser lícito. "Porque la licitud en el objeto motivo fin o condición del acto es otro de los límites de la autonomía de la voluntad, en efecto, el artículo 1830 del código civil define la ilicitud diciendo que 'es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público y a las buenas cos-

(62) Ibidem, pp. 202.

tumbres" (63), interpretando este precepto a contrario sensu es que el objeto deba ser ilícito o sea que vaya conforme a las leyes de orden público y a las buenas costumbres.

Siendo necesario sin embargo hacer el análisis de los dos casos de ilicitud establecidos por el artículo 1830, el primero que es el que va contra la ley y el segundo el que va contra las buenas costumbres, cualidad que debe asimismo tener el fin o motivo determinante de la voluntad.

En la distinción hecha con referencia a las leyes taxativas y las dispositivas (supletorias); no todos los hechos o abstenciones que van contra una ley se les puede considerar como ilícitas, ya que dada la naturaleza de las leyes supletorias o permisivas es evidente que el hecho de obrar contra ellas no es ilícito. Porque el legislador las dictó con el único fin de determinar los efectos de los contratos cuando sobre ellos no han expresado su voluntad los contratantes; o sea, cuando los sujetos que las producen no han previsto todas las consecuencias de su proceder, supliendo su silencio y que por lo mismo puede ser derogadas por los particulares pudiéndose pactar una conducta contraria a lo que este tipo de ley supone.

Por lo que toca a las leyes taxativas o imperativas se dividen para efectos de este estudio en preceptivas o prohibitivas.

Las prohibitivas. El legislador mediante este tipo de normas reprime la voluntad de los particulares en aquellas manifestaciones que puedan ser dañosas al orden y convivencia social (64), se tiene así una restricción de la libertad contractual impuesta por la necesidad de salvar al interés colectivo de la preponderancia de la autonomía de la voluntad, pero esta restricción a la libertad de las personas en sus actos de voluntad no las hace en una forma general, sino excepcional; toda vez en cuanto deroga singularmente al principio de la efica

(63) Pichardo Estrada, Félix, Op. Cit., pp. 78.

(64) Gutiérrez y González, Ernesto, Op. Cit., pp. 229-230.

cia de toda declaración de voluntad, que sea manifestada ordenadamente y perfecta sustantivamente porque considera - la ley - que algo puede transformar el orden público si se dejara al libre arbitrio de la voluntad individual, así que de manera expresa y terminante establece una prohibición. (65)

"Por lo mismo la voluntad de los particulares se guía en el derecho civil a través del principio que "todo lo que no está prohibido está permitido" (66), o sea, que "si no está prohibido, es lícito". (67)

"Las prohibiciones en consecuencia no pueden presumirse sino que deben ser una expresión formal de la ley" (68) "y no podrán suponerse de otra manera, ni aún podrá anotarse una interpretación analógica".

"Al lado de las prohibiciones singulares que se encuentran esparcidas en los códigos, la ley ha establecido también una disposición general prohibitiva (que no por eso pierde el carácter de la singularidad) con la cual una vez tantum y para todos los casos ha prohibido todos los contratos que tengan un contenido contrario al orden público" (ver artículo 6 y 8 del código civil).

Grados en la sanción a los hechos o abstenciones que van contra leyes prohibitivas.

Ferrara (citado por Borja Soriano) "hemos visto que el acto ilícito resulta de la contradicción del contenido de una declaración de voluntad con una ley prohibitiva". (69) Pero

(65) Borja Soriano, Manuel, Op. Cit. pp. 211

(66) Gutiérrez y González, Ernesto, Op. Cit. pp. 231

(67) Borja Soriano, Manuel, Op. Cit. pp. 211

(68) Gutiérrez y González, Ernesto, Op. Cit., pp. 231

(69) Borja Soriano, Manuel, Op. Cit. pp. 211-212

no todos los actos que pugnan contra estas leyes recibirán el mismo castigo o sanción, pues si bien es cierto que se tratará en todos los casos de conductas ilícitas, también lo es que no todas las normas prohibitivas buscan la tutela de los mismos intereses. (70)

"Por eso es necesario aún restringir el campo y venir a una clasificación de las leyes prohibitivas. Ya que según la importancia de los fines que la ley se propone defender y según la naturaleza de la violación, la ley prohibitiva varía de intensidad y mide su sanción contra el acto ilícito. (71) "En efecto, hay normas de tipo prohibitivo que impiden realizar ciertos actos, pues de verificarse éstos se afectará el interés de la colectividad; otras leyes se dictan en interés de determinadas personas y, finalmente, otras disposiciones prohibitivas, aunque los particulares las ataquen, por conveniencia social, se deja subsistir las consecuencias del acto y se aplica a los infractores una sanción, no de nulidad de su acto, sino de carácter administrativo a ellos". (72)

Ordinariamente la ley prohibitiva es impulsada por un interés general de orden público, esto es, tiene por objeto la protección del orden jurídico y asume un carácter rígido e inflexible imponiendo la sanción más grave, la nulidad. (73)

1.- Borja Soriano nos da ejemplos de contratos que tienen objetos ilícitos por ser contrarios a leyes prohibitivas o imperativas: la compraventa del derecho a la herencia de una persona viva (artículo 1826 del CCv). 2.- El mismo contrato respecto a los alimentos debidos por derecho de familia. 3.- La transacción que versare sobre delito dolo o culpa futuros, sobre la acción civil que nazca de delito o culpa futuros, sobre sucesión futura, sobre

(70) Gutiérrez y González, Ernesto, Op. Cit. pp. 231

(71) Borja Soriano, Manuel, Op. Cit. pp. 212.

(72) Gutiérrez y González, Ernesto, Op. Cit., pp. 231

(73) Borja Soriano, Manuel, Op. Cit. pp. 212

una herencia, antes de visto el testamento si lo hay, sobre el derecho de recibir alimentos (Art. 2950 del CCv). 4.- Los contratos a que se refiere el artículo 5o. constitucional vg. los que tengan por objeto el menoscabo la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad del hombre... 5.- La compra-venta que verse sobre cosas que se consideren como notables y características manifestaciones de nuestra cultura sin la autorización que manda el artículo 834. (74)

Otras veces la violación es más leve, los intereses en juego son particulares y se refieren a determinadas personas, que son en substancia los verdaderos jueces del daño que resienten por la violación; en este caso, la ley no quiere substituirse a la voluntad privada no quiere coactivamente hacer que se infiera la ineficacia del acto, sin que el contrario procure evitarla en cuanto sea posible, siendo la nulidad siempre un mal en la vida jurídica y una causa de perturbación en las relaciones económicas y entonces hace depender la ineficacia del contrato de la instancia o impugnación de las partes lesionadas; tenemos, entonces, la nulidad relativa y permite que se destruya el acto solamente cuando media petición del afectado como ejemplo podemos citar en un contrato de compraventa de un bien inmueble realizado por un menor. (75)

Finalmente, puede tenerse una prohibición que deja aún válido el acto vedado. Aunque la ley prohibitiva busque proteger el orden social pero de su violación se crean consecuencias de derecho que ameritan una tutela especial, resultará más grave imponer la nulidad del acto, que tolerar sus efectos. Entonces sólo se aplica a los infractores una sanción de tipo administrativo o penal, pero se dejan vivas las consecuencias del acto civil. (76)

(74) Ibidem, pp. 216

(75) Gutiérrez y González, Ernesto, Op. Cit. pp. 232

(76) Ibidem, pp. 232

Tenemos pues, un tratamiento gradual o sea nulidad absoluta, nulidad relativa, eficacia con pena, y eficacia pura según la importancia de la prohibición. (77)

Por ejemplo. La ley prohíbe que la mujer divorciada vuelva a contraer matrimonio antes de que hayan transcurrido 300 días contados a partir de la fecha en que se declaró disuelto su vínculo matrimonial, así lo dispone el artículo 158. Sin embargo, cuando la mujer divorciada contrae nuevas nupcias antes del plazo fijado por el legislador, celebrando así un contrato que tiene por objeto una conducta prohibida por la ley, la sanción no es la nulidad del acto, ya que el legislador permite la subsistencia del acto y sólo se aplican sanciones de otra índole. (78) Así el artículo 264 del CCv dispone "es ilícito, pero no nulo, el matrimonio: fracción II, "cuando no se ha otorgado la previa dispensa que requiere el artículo 169 y cuando se celebre sin que hayan transcurrido los términos fijados en los artículos 158 y 289".

Pero si bien se deja subsistir el acto y sus efectos, se aplican sanciones de índole penal que escapan al ámbito de la materia civil, el artículo 265 dispone "los que infrinjan el artículo anterior, así como los que siendo mayores de edad contraigan matrimonio con un menor sin autorización de los padres de éste, del tutor o del juez, en sus respectivos casos y los que autoricen esos matrimonios incurrirán en las penas que señala el código de la materia.

Borja Soriano nos dice: "La verdad es que la sanción del Art. ó varía con cada regla de orden público. La lesión hecha al orden público no tiene siempre la misma gravedad. Tal prescripción no podrá ser violada sin un verdadero trastorno social; tal otra es susceptible de serlo sin que por ello la sociedad sufra realmente. En otros términos, hay grados en el atentado al orden público: el legislador proporciona pues a la extensión del mal la fuerza del re-

(77) Borja Soriano, Manuel, Op. Cit. pp. 213

(78) Gutiérrez y González, Ernesto, Op. Cit. pp. 232

medio. La sanción es tanto más rigurosa cuando la observancia de las prescripciones legales se considera como más esencial para el mantenimiento de la sociedad. 1o. Así la prescripción puede estar sancionada por una penalidad propiamente dicha. En este sentido se puede decir que todas las leyes criminales son de orden público... 2o. Puede estar sancionada por la inexistencia del acto ejecutado en contravención a la ley... Tal es el caso del matrimonio celebrado ante una persona distinta de un oficial del estado civil 2o. Puede estar sancionada por una simple nulidad. Esta nulidad... es más o menos rigurosa. Ya no es sino relativa... Ya es absoluta... 4o. Puede estar sancionado por la simple restricción de los efectos que el acto habría producido naturalmente, si la ley se hubiese observado plenamente: aunque válido, no puede oponerse a todos aquéllos a los que habría podido serlo. Tal es la sanción del artículo 1328 sobre la fecha cierta... 5o. Puede estar sancionada en fin por la simple prohibición hecha a un oficial público de prestar su ministerio al acto que las partes se proponen ejecutar en contravención a la ley, sin que la transgresión de esta prohibición permita sin embargo atacar el acto una vez realizado. Tal es el caso de los impedimentos prohibitivos del matrimonio..."

Estando establecido que la sanción de las disposiciones de orden público es susceptible de variar en tan amplios límites, ¿cómo determinarla para cada una de ellas, en el silencio de la ley?. Es evidente que la forma prohibitiva o imperativa en la cual esté concebida esta disposición no puede suministrar una indicación decisiva a este respecto. Hay pues que investigar, en cada caso, cuál es la sanción que corresponde al fin que ha tenido a la vista el legislador, según la economía general de la ley..." (79)

(79) Borja Soriano, Manuel, Op. Cit. Pp. 215

Hecho o abstención como objeto del contrato que va contra leyes preceptivas.

"La actividad del estado no se agota con establecer prohibiciones también recurre a leyes preceptivas, en donde ordena la observancia de conductas determinados; preceptúa u ordena lo que debe hacer en atención al orden social; y si los particulares celebran un contrato que tenga por objeto una conducta contraria o que tienda a alterar las situaciones tuteladas por esas leyes, estará realizando una convención con objeto ilícito". Contrariando la prohibición contenida en el Art. 6 del código civil. En otros términos las leyes imperativas, imponiéndose en interés social a todos los individuos les prohíbe derogarlas.

Gutiérrez y González nos da el siguiente ejemplo: el Art. 2301 que dispone: "Puede pactarse que la cosa comprada no se venderá a determinada persona, pero es nula la cláusula en que se estipule que no puede venderse a persona alguna". (80)

Actos contrarios a las buenas costumbres.

Para el código civil de 1928, que en su artículo 1830 define la ilicitud diciendo: "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres. Este artículo declara ilícito no sólo al hecho que va contra la ley, sino que también lo que atenta con las buenas costumbres; y el contrato que tiene por objeto un hecho ilícito no es válido o puede invalidarse. (Art. 1795 III)

"La ley niega su protección al contrato cuyo objeto tiene un contenido inmoral. Esta norma, que puede decirse existe en todos los códigos de los países civilizados, "está inspirada en un sentido de profundo respeto a la conciencia de la sociedad que no debe ser turbada y trastornada por especulaciones torpes y contratos escandalosos y en un sentimiento de dignidad que la ley tiene por sí misma, porque no quiere convertirse en instrumento de la maldad

(80) Gutiérrez y González, Ernesto, Op. Cit. pp. 233.

de otros y hacer servir la forma del contrato y la fuerza obligatoria que le es anexa para constreñir a otros a una acción o prestación inmorale. Por otra parte, esta norma, haciendo servir al derecho de medio para el perfeccionamiento de la vida humana y lo eleva así a una altura ideal, si debe creerse que el desarrollo y el progreso del derecho consiste precisamente en elevación de la ley moral a la ley jurídica". (81)

"La razón básica, fundamental, que la ley tuvo para hacer la remisión a las buenas costumbres, es la de que ella no puede regular todos los casos que se presentan en las sociedades y que en un momento determinado se consideran reprobables; por lo mismo, si sólo fue ilícito lo expresamente previsto por la ley, o ésta se tendría que estar reformando a cada momento para establecer nuevos catálogos de hechos ilícitos o bien multitud de actos reprobables que chocan contra los principios que respeta la organización social, no se podrían estimar ilícitos".

"Lo que sucede es que la consideración de ilícito por ir un hecho o una abstención contra las buenas costumbres, la sienta el legislador, como una norma subsidiaria a las prohibiciones legales, para cubrir aquellos vacíos que se forman en la evolución de la sociedad y que la ley no puede estar previniendo día a día".

Concepto de buenas costumbres.- Refiriéndose Ferrara a las buenas costumbres, dice que es uno de los conceptos más vagos y elásticos de nuestro derecho civil y concluye que este concepto es equivalente al de moralidad pública o al de conciencia moral social de determinado pueblo y en cierto tiempo.

De ahí la mutabilidad de dar un contenido fijo a esa idea de las buenas costumbres que derivan de la moral media, pues cada pueblo tiene especiales experiencias de la raza o la nación, inclusive dentro de ese mismo pueblo cambian con la época.

(81) Borja Soriano, Manuel, Op. Cit. Pp. 218.

Gutiérrez y González propone el siguiente concepto: "Son el conjunto de hábitos, prácticas o inclinaciones observadas por una agrupación humana en un lugar y momento determinados y a los cuales deberá atender el juzgador para sancionar el acto". (82)

Las buenas costumbres son, en consecuencia, cambiante de época a época y de pueblo a pueblo. Por eso el concepto de buenas costumbres "supone que el Juez debe tomar posición respecto de las concepciones corrientes en el círculo de los interesados como órgano e intérprete de la conciencia social, sirviendo de intermediario, entre ésta y la Ley. A diferencia del uso, las buenas costumbres expresan no ya un criterio fenomenológico susceptible de una simple comprobación, sino de un criterio deontológico que es el producto de una valorización moral. Esta valorización debe ser de tipo social y no individual, no es ni debe ser producto de una práctica aislada y esporádica de una pequeña élite, sino de un tipo superior de costumbre que aún cuando observada de un modo constante por la generalidad de los miembros sociales, sea además conforme a las exigencias éticas reconocidas en el círculo de los interesados.

Enneccerus, por vía ejemplificativa establece cuando puede hablarse de infracciones a las buenas costumbres.

"El negocio es inmoral cuando significa realización o estímulo de lo prohibido por las buenas costumbres u obstaculización de lo mandado por la moral.

El negocio es contrario a las buenas costumbres, cuando se obliga a un acto o a una omisión que según nuestras concepciones tiene que ser libre.

También caen bajo esta misma sanción los negocios, en virtud de una obligación demasiado amplia, menoscaban excesivamente la libertad del individuo.

Puede haber una infracción de las buenas costumbres, siempre que se haga depender del dinero o de un valor pecuniario, lo que según las buenas costumbres no debe hacerse de-

(82) Gutiérrez y González, Ernesto, Op. Cit. pp. 234-236.

pende de aquél.

"Son también contrarios a las buenas costumbres, los negocios usurarios y aquéllos por los que de otra forma se explota a un semejante.

Sin embargo, son muchos los negocios inmorales que no encajan en ninguna de las mencionadas categorías". (83)

El determinar que un hecho o una abstención que constituye el objeto de un contrato, son ilícitos por ir en contra de las buenas costumbres; quedará sujeto a un sano criterio judicial que deberá inspirarse no en la moral teórica sino en la práctica, en la moral común, o sea, la practicada por toda la sociedad, que varía de pueblo a pueblo y de época a época. (84)

Motivo o fin ilícito. Un contrato teniendo un objeto ilícito puede ser invalidado si el motivo o fin determinante de la voluntad de los que contratan fue contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres. Como se ve este código considera entre los elementos necesarios para la validez del contrato el fin o motivo ilícito determinante de la voluntad de los contratantes. (85)

Este principio está consagrado en el Art. 1795 del código civil que establece que el contrato puede ser invalidado como lo establece su fracción III "porque su objeto o su motivo o fin sea ilícito" y el Art. 1831 agrega que, "el fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres".

Además, las sanciones para este tipo de contratos las encontramos preceptuadas en el Art. 1895: "Lo que se hubiere entregado para la realización de un fin que sea ilícito o contrario a las buenas costumbres no quedará en poder el que lo recibió. El cincuenta por cien-

(83) Pichardo Estrada, Félix, Op. Cit. pp. 79.

(84) Borja Soriano, Manuel, Op. Cit. pp. 221.

(85) Ibidem, pp. 249.

to se destinará a la beneficencia pública y el otro cincuenta por ciento tiene derecho a recuperarlo el que lo entregó".

"De esta manera el que recibió la prestación la tiene que devolver, pero el que habla cumplido no la recobra en su totalidad pues por haber perseguido un fin ilícito se le sanciona retirándole el cincuenta por ciento de la prestación, que se aplica a la beneficencia pública". (86)

Es necesario determinar que se debe entender por motivo o fin para después aplicarle el calificativo de ilícito.

Es aplicable a este respecto lo que se anotó con relación a la licitud por ir de acuerdo con la ley y las buenas costumbres lo que es ilícito y pugna con esos conceptos.

Gutiérrez y González da la siguiente definición: "El motivo o fin es la razón contingente, subjetiva y por lo mismo variable de individuo a individuo que lo induce a la celebración del acto jurídico" (87). Tomando en cuenta la ley la finalidad que se persigue en la conducta a realizar.

Duguít ha dicho que: "En todo acto de voluntad hay un motivo determinante y éste es precisamente el fin del acto jurídico, que es el acto de voluntad considerado." (88)

El código civil de 1928 siguiendo estas ideas de León Duguít ha obrado con acierto, agregando al objeto ilícito el motivo ilícito, porque de esta suerte no habrá que hacer esfuerzo alguno de interpretación para nulificar aquellos contratos cuya finalidad sea ilícita no obstante que las prestaciones que constituyen su objeto tomando esta expresión en sentido restringido sean lícitas en sí mismas. (89)

(86) Gutiérrez y González, Ernesto, Op. Cit. PP. 240.

(87) Ibidem, pp. 236.

(88) Citado por Gutiérrez y González, Ernesto, Op. Cit. pp. 237.

(89) Borja Soriano, Manuel. Op. Cit., pp. 247.

II. Necesidad de realizar presupuestos de capacidad y de preservar la libertad en la expresión del consentimiento.

El código de 1928 al enumerar las causas por las cuales puede ser invalidado el contrato, comprende en esa enunciación los vicios del consentimiento y la falta de la capacidad de las partes o de una de ellas; en su artículo 1795 fracción primera y segunda nos dice: "El contrato puede ser invalidado: 1o. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; 2o. Por vicios del consentimiento".

Haré un breve estudio de la capacidad, como requisito necesario para la realización de un acto jurídico válido. Se le puede definir a la capacidad como: "la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones y hacerlos valer". Hay, pues, dos especies de capacidad o más bien dos grados en la capacidad:

Primera.- La capacidad de goce: "que resulta ser la aptitud jurídica para ser sujeto de derecho y obligaciones".

Segunda.- La capacidad de ejercicio: "que es la aptitud jurídica de ejercitar o para hacer valer los derechos que se tengan y para contraer obligaciones".

La capacidad es la regla y la incapacidad la excepción. El código civil declara en su artículo 1798: "Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley; y en su artículo 1799 preceptúa "la incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en provecho propio, salvo que sea indivisible el objeto del derecho o de la obligación común.

La palabra incapacidad designa algunas veces a personas privadas de ciertos derechos creándose así una incapacidad de goce. La misma expresión de incapacidad ordinariamente se aplica a personas que poseen todos sus derechos, pero no tienen el libre ejercicio de ellos, de donde resulta la incapacidad de ejercicios. (90)

(90) Gutiérrez y González, Op. Cit., pp. 276-277.

En derecho mexicano, existen especiales casos de incapacidad de goce para:

1.- Corporaciones religiosas o ministros de los cultos resultando su incapacidad del artículo 27 constitucional en su inciso II que determina:

"Las asociaciones religiosas denominadas iglesias, cualquiera que sea su credo no podrán en ningún caso tener capacidad para adquirir, poseer o administrar bienes raíces, ni capitales impuestos sobre ello..." etc...

Y, más adelante, en su artículo 130, párrafo 15, segunda parte, determina: "Los ministros de los cultos tienen incapacidad legal para hacer herederos, por testamento, de los ministros del mismo culto, o de un particular con quien no tengan parentesco dentro del cuarto grado".

2.- Instituciones de Beneficiencia. El artículo 27 constitucional establece también una incapacidad de goce en su fracción III que determina: "Las instituciones de beneficencia, pública o privada... no podrán adquirir más bienes raíces que los indispensables para su objeto inmediato o directamente destinados a él, etc..." (91)

3.- Sociedades Comerciales por Acciones. El artículo 27 de la constitución, en su fracción IV crea una incapacidad de goce a estas personas, pues no les permite adquirir fincas rústicas al decir: "Las Sociedades Comerciales, por Acciones, no podrán adquirir, poseer o administrar fincas rústicas".

4.- Incapacidad de goce a los extranjeros. La misma Constitución, en el artículo 27, establece en su fracción 1a. una doble incapacidad a los extranjeros respecto de la adquisición de tierras y aguas en territorio mexicano.

"Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas

(91) Ibidem, Pp. 278-279.

tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones, o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones Exteriores en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus Gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la nación, los bienes que hubieran adquirido en virtud del mismo. En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas".

De las Incapacidades que establece el Art. 27 constitucional en su fracción primera pueden provocar o la inexistencia del acto o la nulidad.

Razón por la cual en esta fracción se contienen dos clases de incapacidades. La primera una condicional gramaticalmente hablando de no adquirir bienes, pero subsanable por una renuncia de que habla la ley.

Segunda.- Otra definitiva e imposible de sortear.

La primera de las incapacidades implica la inserción de la cláusula Calvo en el Art. 27 constitucional en su fracción primera y cuyo funcionamiento es de que: "Un extranjero no puede adquirir bienes inmuebles en el país, pero cuando se le otorga especial permiso para ello, es haciéndole el honor de considerarlo como nacional respecto de dichos bienes y entonces se somete esa adquisición a la condición de que no invocará la protección diplomática de su gobierno respecto a los asuntos relacionados con los propios bienes.

La Segunda.-Que es una incapacidad de goce imposible de salvar y es definitiva y es la que prohíbe a los extranjeros adquirir bienes inmuebles en una franja determinada en las costas y en las fronteras del país; así lo indica la fracción primera del artículo 27 constitucional ya transcrita anteriormente.

Esta incapacidad es de forma definitiva pues en ninguna manera se podrán adquirir bienes

en esas zonas por extranjeros, pues el acto será inexistente ya que va contra una norma de derecho que necesariamente debe regirlo. (92)

5.- Incapacidad por sentencia civil o penal.

De un proceso civil o penal, pueden derivar a cargo de ciertas personas incapacidad de goce y, consecuentemente, de ejercicio.

Un ejemplo de una incapacidad es cuando una persona ha sido sentenciada por un delito contra la propiedad, surge la incapacidad de no poder ser albacea; según el artículo 1680 que dice: "No pueden ser albaceas, excepto en el caso de ser herederos únicos: III.- Los que hayan sido condenados por delitos contra la propiedad". (93)

"Una vez que se tiene la capacidad de goce, puede suceder que la ley determine la prohibición de que se ejercite esa capacidad. Aparece así la llamada incapacidad de ejercicio que implica el ser titular de derechos pero no poder ejercitarlos". (94)

En derecho mexicano existen dos grados en la capacidad de ejercicio una general más o menos extensa y otras especiales relativas solamente a ciertos contratos.

La incapacidad general de contratar lo establece el artículo 450 cuando determina:

"Tienen incapacidad natural y legal:

- I. Los menores de edad;
- II. Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos;
- III. Los sordomudos que no saben leer ni escribir;
- IV. Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes".

(92) Ibidem, Pp. 279-281

(93) Ibidem, Pp. 281-282

(94) Ibidem

Un caso de incapacidad especial la encontramos en la situación que guarda la mujer casada en relación con los contratos que puede celebrar con su esposo, conforme a las disposiciones contenidas en los artículos 174, 175 y 176 del Código Civil, no puede celebrar con su esposo ningún contrato, excepción hecha del de mandato, el de fianza para que se le otorgue la libertad a su esposo, o el de compra venta, cuando estuvieren casados bajo el régimen de separación de bienes.

La sanción que determina la Ley por celebrar un acto personas incapaces, la encontramos en el texto del artículo 2228 que preceptúa: "La falta de forma establecida por la Ley, sino se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo". (95)

Preservar la libertad en la expresión en el consentimiento.

Resulta indiscutible la tendencia proteccionista de la voluntad, como elemento motor del negocio jurídico, en el derecho civil mexicano. Pero si esa tendencia es manifiesta en cuanto se le atribuye el carácter de elemento esencial, al contemplar las condiciones exigidas para su validez, se llega al convencimiento de lo absoluto de la misma.

El Código Civil, siguiendo a los que le sirvieron de modelo, pretende que la voluntad opera de manera firme, sin falsos planteamientos, motivados o causales, sin violencias o situaciones de inferioridad intelectual o económica, que pudieran alterar el sentido del querer de un determinado sujeto". (96)

La necesidad de hacer factible esa protección lleva al legislador a clasificar los casos de atentados en contra de la voluntad, comprendiendo en esa enunciación los vicios del con-

(95) Ibidem, pp. 282 - 283.

(96) De Buen Lozano, Néstor, Op. Cit. Pp. 194.

sentimiento que conforme al artículo 1795 en su fracción II que nos dice: "El contrato puede ser invalidado: II por vicios de consentimiento, además en su capítulo denominado contratos tiene una subdivisión que lleva rubro "vicios del consentimiento (y que comprende el artículo 1812 al artículo 1823); cuyo primer artículo dice: Art. 1812: "El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo".

Siempre que se produzca un vicio del consentimiento la voluntad quedará viciada y el acto podrá ser anulado.

Aún cuando del encuadre del Código Civil parece suponerse que son vicios del consentimiento el error, el dolo, la mala fe y la violencia ya que su determinación queda incluida en su subtítulo así denominado, en realidad la doctrina ha estimado que sólo tienen ese carácter el error, la violencia o intimidación y la lesión, y se le atribuye al dolo y a la mala fe la categoría de medios determinantes del error (en este sentido Borja Soriano y Gutiérrez y González). (97)

De los elementos que la ley se vale para preservar la voluntad, desarrollaré de una manera superficial los vicios de la voluntad, a través de sus diferentes formas, comenzando por el error.

Concepto del error.

Para Gutiérrez y González el error es una creencia sobre algo del mundo exterior que está en discrepancia con la realidad, o bien es una falsa o incompleta consideración de la realidad. (98)

Diversas especies de error.

El error puede ser: 1.- Fortuito. Es puramente casual, derivado de la equivocación de

(97) Ibidem, Pp. 195.

(98) Gutiérrez y González, Op. Cit., Pp. 243.

la propia víctima en donde nadie lo induce a la falsa creencia de la realidad, de una manera espontánea. (99)

2.- Motivado. Es cuando el consentimiento del vicio proviene, exclusivamente de actos o actitudes del otro contratante o sea en donde se realizan maquinaciones para hacer caer en el error, o bien, siendo fortuito se mantiene en él según el código.

El error fortuito puede ser: a) de aritmética o de cálculo, b) de hecho, c) de derecho.

El error motivado puede ser: a) por dolo, b) por mala fe.

El error de cálculo o aritmética.

Este error conforme a la ley no afecta al contrato sino sólo da derecho a su rectificación; el artículo 1814, dispone "El error de cálculo sólo da lugar a que se rectifique". (100)

El error de hecho.

Este error puede presentar tres grados de gravedad según los cuales sus efectos varían.

El error obstáculo impide la formación del contrato y consecuentemente su existencia.

El error nulidad hace al contrato anulable.

El error indiferente carece de influencia en el contrato.

El error de Hecho Obstáculo; este error impide la formación del contrato, pues no se ha integrado el consentimiento, y al no integrarse éste, falta uno de los elementos esenciales del contrato, impidiendo su existencia. (101)

Este acontece principalmente en dos hipótesis:

1.- Cuando hay un error sobre naturaleza el contrato entonces se habla de error "In Negotio", v.g., una persona entrega a otra una cosa en la inteligencia de que se los está

(100) Gutiérrez y González, Op. Cit. Pp. 243-245.

(101) Borja Soriano, Op. Cit. Pp. 306.

prestando y la persona que lo recibe cree que la otra persona se lo regala, es decir, se lo dona.

En este caso, no hay identidad del pensar de las partes; se encuentran en un error sobre la naturaleza del contrato y el acto será inexistente. (102)

2.- Cuando hay error sobre la identidad del objeto y entonces se habla de "Error in Rem". Por ejemplo, una persona es dueña de dos casas semejantes, al celebrar un contrato cree estar vendiendo una de ellas y el comprador cree estar comprando la otra.

No habiendo coincidencia de la voluntad al presentarse tal error, y no se integra el consentimiento, haciendo que el contrato sea inexistente. (103)

El error de hecho: nulidad.

Este tipo de error no impide la formación del consentimiento, sin embargo, le permite pedir a quien en él incurrió nulidad del contrato. El Código en su artículo 1812 ya transcrito se refiere a este vicio de consentimiento. Y a su vez el artículo 1813 preceptúa: "El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa".

"Hay que observar que para que el error influya en la validez del contrato, no basta, en nuestro derecho, con la existencia de este error, sino que es necesario que al celebrarse el contrato se declare ese motivo o se pruebe por las circunstancias del mismo contrato". (104)

Para que el error en que haya incurrido, sea la causa de nulidad del contrato; el contratante engañado deberá haber declarado expresamente que sólo contrató por razón de aque-

(102) Ibidem, pp. 176.

(103) Ibidem, pp. 172.

(104) Ibidem, pp. 310.

lla causa, y esta declaración hubiese sido aceptada por otra parte, y que el contratante celebró el contrato por esa causa conocida por la otra parte y no por otra. (105)

Por ejemplo del error de hecho lo encontramos en el error sobre la substancia en derecho francés - que nos lo da Pothier. "Compro un par de candeleros creyendo que son de plata y el que me los vende me lo ha presentado como tales, obrando de buena fe, pero en realidad no son sino de cobre plateado" (106), hay error sobre la substancia y hará la operación nula; pues queriendo comprar candeleros de plata, no se habían adquirido de saber que no eran de ese metal sino plateados. (107)

Otro ejemplo del error de hecho lo encontramos en uno que nos brinda Planiol del derecho francés que es el error sobre la persona. Existen contratos que se celebran en atención a determinada persona (Intuite Personae) como es el contrato que se celebra en atención al talento o aptitudes especiales de un sujeto; como es el encargarle de un cuadro a un pintor, por su renombre.

Si una de las partes celebra el contrato, lo realiza en este supuesto y no sobre otro, y de resultar falso su consentimiento estaría viciado y el contrato sea anulable, como sería el caso de un homónimo en relación con un pintor de fama mundial.

Error indiferente; este error recae sobre circunstancias secundarias o incidentales del objeto, sobre motivos no determinantes de la voluntad. Este error no invalida el contrato porque la ley no dispone que produzca su nulidad. (108)

(105) Ibidem, pp. 245.

(106) Ibidem, pp. 308.

(107) Gutiérrez y González, Op. Cit., pp. 247.

(108) Borja Soriano, Op. Cit., pp. 309-311.

Error de Derecho.

"Este error se presenta cuando una persona tiene una falsa opinión o creencia sobre la aplicabilidad de una norma legal o sobre su interpretación, esto es, respecto de una regla jurídica aplicable al contrato". (109)

El código civil sujeta a los mismos principios al error de hecho y al de derecho en su artículo 1813, que manda: "El error de derecho o de hecho invalida el contrato". (110)

De acuerdo con este artículo no debe olvidarse que para la procedencia de esta nulidad del acto por error de derecho, al igual que el de hecho deben basarse en que la falsa opinión de un contratante o de ambos sobre las normas jurídico aplicables o a su interpretación se debe a que la parte que incurrió en el error no se determinó a contratar sino a consecuencia de su ignorancia o de su inexacta interpretación respecto de una regla de aplicable

Error motivado. Es cuando el error no es natural y fortuito sino por actos imputables, ya a una de las partes que intervienen en la formación del acto, ya a un tercero, o bien, que siendo natural lo conozca uno de ellos y se aproveche de él. (111)

Gutiérrez y González y Borja Soriano consideran que el dolo y la mala fe no son vicios del consentimiento, sino que los consideran al primero como causa del error y al segundo una manera de mantenerlo en él; basándose en la disposición del artículo 1815 que dice: "Se entiende por dolo en los contratos cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe la disimulación

(109) Gutiérrez y González, Op. Cit., pp. 251-252.

(110) Borja Soriano, Op. Cit. pp. 311.

(111) Gutiérrez y González, Op. Cit., pp. 252-253.

del error de uno de los contratantes, una vez conocido". (112)

El dolo y la mala fe, tienen los mismos efectos jurídicos, distinguiéndose apenas en que el dolo es, por decirlo así, activo y la mala fe pasiva". Procede con dolo el que procura persuadir al comprador de que el objeto es de oro cuando es de cobre y con mala fe el vendedor a quien el comprador ofrece un precio como si el objeto fuese de oro y no lo desengaña de que el objeto no es de oro".

El dolo y la mala fe importan siempre premeditación y el propósito de engañar o de no desengañar cuando el error ha nacido espontáneamente."

Hay diversos tipos de dolo:

El dolo bueno.- Que no es causa de vicio del consentimiento al decir el artículo 1821: "Las consideraciones generales que los contratantes expusieren sobre los provechos y perjuicios que naturalmente pueden resultar de la celebración del contrato, o no celebración del contrato y que no importen engaño o amenaza alguna de las partes, no serán tomadas en cuenta al calificar el dolo o la violencia".

El dolo malo. Que es "el conjunto de maquinaciones empleadas para inducir al error, y que determina a la persona para dar su voluntad o para darla en condiciones desventajosas en la celebración de un acto jurídico". (114)

Por lo tanto, constituyen maniobras dolosas la presentación de falsas referencias bancarias, la presentación de falsos arrendamientos a fin de engañar sobre el monto de las rentas del predio. (115)

(112) Borja Soriano, Op. Cit., pp. 312 y Gutiérrez y González, Op. Cit. pp. 253.

(113) Borja Soriano, Manuel, Op. Cit., pp. 313.

(114) Gutiérrez y González, Op. Cit. pp. 257.

(115) Borja Soriano, Manuel, Op. Cit. pp. 315.

A su vez, este tipo de dolo admite una clasificación de dolo principal y de dolo incidental.

El primero de ellos consiste en las maquinaciones empleadas para hacer caer en el error a una persona para contratar, que de otra manera no lo habría hecho". (116)

Ya que para que el dolo sea causa de nulidad del contrato es preciso que sea determinante, esto es, debe probarse que sin él, el contrato no se realizaría (117). A este respecto, el artículo 1816 dispone: "El dolo o mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquélla, anulan el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico".

Dolo Malo Incidental.- "Son las maquinaciones que se emplean para inducir al error a una persona que ya estaba determinada a contratar, pero otorgando su voluntad en condiciones desventajosas de las que no hubiera aceptado sin mediar el error por dolo".

El Código no determina nada sobre este tipo de dolo, y por lo mismo, interpretando a contrario Sensus el artículo 1816, no se puede considerar a este tipo de dolo como causa de nulidad por no ser determinante la voluntad, (118) sin embargo la generalidad de los autores opinan que: probado el dolo incidental, las consecuencias serán o una reducción del precio o la anulación de las cláusulas que sin él no habrían sido aceptadas. (119)

El legislador mexicano se inclina decididamente como hemos señalado al hablar de los vicios de la voluntad, por proteger la voluntad interna en contra de cualquier declaración contraria. Por ello, sanciona con nulidad al contrato celebrado con violencia provocada por

(116) Gutiérrez y González, Ernesto, Op. Cit., pp. 257

(117) Borja Soriano, Manuel, Op. Cit., pp. 315

(118) Gutiérrez y González, Ernesto, Op. Cit., pp. 258

(119) Borja Soriano, Manuel, Op. Cit., pp. 316.

uno de los contratantes o inclusive por un tercero interesado o no en el contrato ya que en artículo 1818 nos dice: "Es nulo el contrato celebrado por violencia, ya provenga ésta de alguno de los contratantes, ya de un tercero, interesado o no en el contrato.

Entendiendo que hay violencia en los casos del artículo 1819 que preceptúa: "Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado".

La naturaleza de la nulidad de un contrato en que la voluntad estuvo viciada.

Barja Soriano nos dice que: "El Código Civil de 1928 contiene las disposiciones siguientes: Art. 1823.- Si habiendo cesado la violencia o siendo conocido el dolo, el que sufrió la violencia o padeció el engaño ratifica el contrato, no puede en lo sucesivo reclamar por semejantes vicios". "Art. 2228... el error, el dolo, la violencia... produce la nulidad relativa del mismo" (acto) "Art. 2230.- La nulidad por causa de error, dolo violencia..., sólo puede invocarse por el que ha sufrido esos vicios de consentimiento..." "Art. 2233 Cuando el contrato es nulo por... violencia o error, puede ser confirmado cuando cese el vicio o motivo de nulidad, siempre que no concorra otra causa que invalide la confirmación". "Art. 2234. El cumplimiento por medio del pago, novación, o por cualquier otro modo se tiene por ratificación tácita y extingue la acción de nulidad".

Artículo 2235.- La confirmación se retrotrae al día en que se verificó el acto nulo; pero ese efecto retroactivo no perjudicará a los derechos de tercero". "Artículo 2236. La acción de nulidad fundada... en error, puede intentarse en los plazos establecidos en el artículo 638. Si el error se conoce antes de que transcurran esos plazos, la acción de nulidad prescribe a los sesenta días contados desde que el error fue conocido".

"Artículo 2237. La acción para pedir la nulidad de un contrato hecho por violencia, prescribe a los seis meses contados desde que cese ese vicio del consentimiento".

El mencionado jurista mexicano nos dice: que los vicios del consentimiento son causa de nulidad relativa de los contratos. (120)

Por último veremos la lesión, que del mismo modo anula al contrato, en el que juega una voluntad aparente, bajo el imperio de la extrema miseria; el artículo 17 nos dice: "Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria del otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho de pedir la rescisión del contrato y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación.

El derecho concedido en este artículo dura un año".

Este artículo emplea la palabra rescisión y conforme al artículo 2228 debió de decir "nulidad". Al decir del mencionado artículo "La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo".

III. Regulación debida de los elementos accidentales del contrato.

En un contrato, las partes deben cumplir con lo expresamente pactado, en la manera y términos que aparezca que quisieron obligarse pudiendo poner en el contrato las cláusulas que crean convenientes.

Principio de la libertad de convenciones que se interpreta a la luz de los artículos 1796, 1832, 1839 del Código Civil.

De acuerdo con la Ley, las partes pueden establecer diversas cláusulas que modifiquen o nó el sistema legal que se establece para regir un determinado tipo de contrato.

(120) Ibidem, pp. 321-322.

"Artículo 2237. La acción para pedir la nulidad de un contrato hecho por violencia, prescribe a los seis meses contados desde que cese ese vicio del consentimiento".

El mencionado jurista mexicano nos dice: que los vicios del consentimiento son causa de nulidad relativa de los contratos. (120)

Por último veremos la lesión, que del mismo modo anula al contrato, en el que juega una voluntad aparente, bajo el imperio de la extrema miseria; el artículo 17 nos dice: "Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria del otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho de pedir la rescisión del contrato y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación.

El derecho concedido en este artículo dura un año".

Este artículo emplea la palabra rescisión y conforme al artículo 2228 debió de decir "nulidad". Al decir del mencionado artículo "La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo".

III. Regulación debida de los elementos accidentales del contrato.

En un contrato, las partes deben cumplir con lo expresamente pactado, en la manera y términos que aparezca que quisieron obligarse pudiendo poner en el contrato las cláusulas que crean convenientes.

Principio de la libertad de convenciones que se interpreta a la luz de los artículos 1796, 1832, 1839 del Código Civil.

De acuerdo con la Ley, las partes pueden establecer diversas cláusulas que modifiquen o nó el sistema legal que se establece para regir un determinado tipo de contrato.

(120) Ibidem, pp. 321-322.

De ahí, que en todo lo que sea omisa la voluntad de los otorgantes, deberá cumplirse de acuerdo con lo que disponga la ley.

Cabe con Pothier distinguir en un contrato tres tipos de cláusulas: las esenciales que son aquéllas que son de la esencia del contrato, las que dan el tipo al acto que celebran sin las cuales ese contrato no puede subsistir, o bien, en su ausencia no hay contrato absolutamente o es otra especie de contrato. (121)

Estas cláusulas que se deben cumplir porque la ley las impone, pueden a no consignarse al contrato, pues las plasmen o no las partes se requieren para la existencia misma del acto. El Código Civil en su Art. 1839: "Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la Ley".

Así, por ejemplo, si A vende a B una cosa por un precio cierto y en dinero, se tendrá por puesta una cláusula conteniendo la obligación del vendedor de transferir la propiedad de la cosa al comprador y otra cláusula obligando al comprador a pagar un precio cierto y en dinero.

Estas cláusulas son de esencia en el contrato de compra venta (conforme al artículo 2248 del Código Civil que define el contrato de compra-venta).

Las cláusulas naturales son aquéllas que están sobreentendidas en el contrato, o sea, que derivan de éste cuando las partes no se han explicado al respecto pero que no siendo de la esencia del contrato, pueden ser suprimidas de él, por un acuerdo de los contratantes. Por ejemplo, en una compra-venta conforme a la Ley, el vendedor debe garantizar al comprador el saneamiento para caso de evicción y saneamiento por vicios ocultos. Si las partes no convienen nada al respecto, la ley los suple obligando al vendedor al saneamiento. Pero si las partes se expresan de conformidad que el vendedor no responde en caso de evicción

(121) Gutiérrez y González. Op. Cit. pp. 316.

De ahí, que en todo lo que sea omisa la voluntad de los otorgantes, deberá cumplirse de acuerdo con lo que disponga la ley.

Cabe con Pothier distinguir en un contrato tres tipos de cláusulas: las esenciales que son aquéllas que son de la esencia del contrato, las que dan el tipo al acto que celebran sin las cuales ese contrato no puede subsistir, o bien, en su ausencia no hay contrato absolutamente o es otra especie de contrato. (121)

Estas cláusulas que se deben cumplir porque la ley las impone, pueden o no consignarse al contrato, pues las plasmen o no las partes se requieren para la existencia misma del acto. El Código Civil en su Art. 1839: "Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato o sean con secuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la Ley".

Así, por ejemplo, si A vende a B una cosa por un precio cierto y en dinero, se tendrá por puesta una cláusula conteniendo la obligación del vendedor de transferir la propiedad de la cosa al comprador y otra cláusula obligando al comprador a pagar un precio cierto y en dinero.

Estas cláusulas son de esencia en el contrato de compra venta (conforme al artículo 2248 del Código Civil que define el contrato de compra-venta).

Las cláusulas naturales son aquéllas que están sobreentendidas en el contrato, o sea, que derivan de éste cuando las partes no se han explicado al respecto pero que no siendo de la esencia del contrato, pueden ser suprimidas de él, por un acuerdo de los contratantes. Por ejemplo, en una compra-venta conforme a la Ley, el vendedor debe garantizar al comprador el saneamiento para caso de evicción y saneamiento por vicios ocultos. Si las partes no convienen nada al respecto, la ley los suple obligando al vendedor al saneamiento. Pero si las partes se expresan de conformidad que el vendedor no responde en caso de evicción

(121) Gutiérrez y González. Op. Cit. pp. 316.

o de vicios ocultos esta cláusula natural suple a la ley y es totalmente válida. (122)

El Código Civil de 1928 en sus artículos 6 y 7 anteriormente transcritos y complementado por el artículo 2140 que dice: "El que enajena no responde por la evicción" I. Si así se hubiere convenido. Y por el artículo 2158 que manda "Las partes pueden restringir, renunciar o ampliar su responsabilidad por los vicios redhibitorios, siempre que no haya mala fe".

En el mismo contrato se tendrá por puesta una cláusula según la cual los gastos de la entrega de la cosa vendida serán por cuenta del vendedor. Esta será otra cláusula natural pues los contratantes pueden convenir lo contrario (Art. 2285).

Cláusulas Accidentales.- Son aquellas que no estando en la naturaleza del contrato no pueden estar contenidas en él, sino que sólo existen cuando las partes las estipulan en virtud de una cláusula particular. (123)

En el contrato de compraventa puede pactarse el derecho de preferencia o derecho por el tanto del vendedor; así lo permite el artículo 2303.

Puede estipularse que el vendedor goce del derecho de preferencia por el tanto, para el caso de que el comprador quisiera vender la cosa que fue objeto del contrato de compraventa".

Esta será una cláusula accidental que deberá ser cumplida por el que se obliga; ya que los contratos desde que se perfecciona obligan a los contratantes al cumplimiento de lo expresamente pactado.

A este grupo cabe incluir las normas relativas a las modalidades de las obligaciones que, según Messineo, al ser impuesto por las partes determina la aplicabilidad necesaria

(122) Borja Soriano. Op. Cit., pp. 406.

(123) Gutiérrez y González. Op. Cit. pp. 317.

de las normas imperativas que lo regulan; pueden citarse como ejemplos los artículos 1938 al 1960 inclusive. (124)

Esta clasificación de los fines que persiguen las normas imperativas en materia de contratos y que no pretende sea exhaustiva podría reducirse a la habitual fórmula que atiende el orden público y las buenas costumbres.

(124) De Buen Lozano. Op. Cit. pp. 167.

CAPITULO CUARTO

ANALISIS DE ALGUNAS DISPOSICIONES SOBRE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LOS CODIGOS CIVILES

- Napoleón o Francés de 1804
- Para el Distrito Federal de 1870 y 1884
- Para el Distrito y Territorios Federales
de 1928.

"Como advierte Radbruch, las tendencias políticas que se refieren al Código de Napoleón responden al triunfo de la Revolución Francesa y de la burguesía sobre los privilegios heredados de la época feudal, a los principios de la libertad personal, de la igualdad de todos ante la ley, de la propiedad libre de gravámenes y de la libertad de contratación de la independencia del estado con respecto a la iglesia y estas tendencias se hallan garantizadas por el Código Civil que es derecho privado, con mayor eficacia que por la declaración de los derechos del hombre ya que aquél no se limita a proclamarlos con fórmulas generales, sino que los incorpora como partes obvias de la vida civil". (125)

Para la escuela clásica el contrato se concibe como un producto de la autonomía de la voluntad haciendo reposar el dogma sobre las afirmaciones de que nadie puede ser obligado sin haber querido y que todo contrato libre es justo; las consecuencias de un exaltado individualismo no se hacen esperar. El individuo entendido como ser centro, creador de efectos jurídicos y destinatario de la norma jurídica aunado a las bases de sustentación del naturalismo físico en que se identifica el ser con el deber ser y en la filosofía política y económica del liberalismo de la Revolución Francesa explica el aforismo jurídico de que "La voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos". (126)

(125) Pichardo Estrada. Op. Cit. Pp. 80.

(126) Ibidem. Pp. 59.

I. El Código Napoleón.

El Código Napoleón, de 1804, obra cumbre de derecho unifica para Francia y, en definitiva, para el mundo el Derecho Civil, siendo la cúspide de la evolución jurídica que se inicia en el Derecho Romano.

Conjuga el código la influencia romana, con el derecho de costumbres, sin perder de vista las ordenanzas francesas. En obligaciones y contratos se inspira el código en el Derecho Romano ya que bastará leer la exposición de motivos del Código Napoleón en la parte relativa a los contratos y las obligaciones convencionales para fundar esta afirmación de la innegable influencia del Derecho Romano en los redactores del mencionado código. (127)

Bigot de Prémeneu, consejero de Estado y miembro de la comisión redactora de la parte relativa a los contratos y a las obligaciones convencionales, señala en la "Exposición de Motivos" que "no es tarea fácil superar lo que los romanos hicieron con relación al contrato. Se podrá, tal vez, mejorar el método para hacer más fácil su exposición y, con esa intención sería útil reunir los principios que en el Digesto se encontraban dispersos. Por eso, la tarea del legislador fue la de retirar del conjunto de las leyes romanas una serie de reglas que, reunidas, pudieren integrar un cuerpo elemental de doctrina, con la precisión y la fuerza de ley.

Finalmente, merece referencia especial la declaración de Bigot de Prémeneu de que el principio que sirve de base a esta parte del C.C. "Expuesto en términos claros y simples" es el de que las convenciones legalmente celebradas, tienen fuerza de ley para las partes". (128)

De la Revolución recibe el Código las ideas individualistas y la preocupación de mante-

(127) De Buen Lozano, Op. Cit., pp. 55.

(128) Ibidem, pp. 58-59.

ner por encima de todo la libertad personal reconociendo, como consecuencia de ello, un valor absoluto al derecho de propiedad particular y a la voluntad de las partes, que expresa en el principio de la autonomía de la voluntad. El contrato de trabajo se deja al libre juego de la libertad de los contratantes, con la única limitación - de orden público - de que no podrán comprometer sus servicios para toda la vida.

Puede decirse del Código Napoleón que encumbra a la libertad humana al grado de que declara que el contrato tiene rango de ley entre las partes y solamente la limita cuando entra en conflicto con el orden público y con las buenas costumbres. (129)

Desde un punto de vista jurídico sostienen los Mazeaud, que Domat es quien en primer término, formuló la autonomía de la voluntad de manera tal que sirve de base para la redacción del artículo 1134 del Código Civil francés, diciendo Domat: "Formuladas las convenciones, todo lo convenido tiene fuerza de ley entre aquéllos que las han hecho; y no pueden ser revocadas más que por su común consentimiento, o por las otras vías que serán explicadas en la sección VI". (130)

La disposición más importante del Código Napoleón en esta materia, queda contenida en el Art. 1134 en el que textualmente se expresa que: "Los convenios legalmente celebrados tienen fuerza de ley entre las partes. No podrán ser revocado sino por mutuo consentimiento o por las causas que la ley señale. Deberán ser ejecutados de buena fé." Este precepto resume, con una precisión inimitable muchos siglos de evolución jurídica. De él se dice que plasma el principio jurídico sobre el que descansa toda la sistemática contractual del siglo XIX y parte del actual.

(129) *Ibidem*, pp. 55

(130) *Ibidem*, pp. 215

También merece subrayarse lo dispuesto en el Art. 1135, que determina que los convenios obligan no solamente a lo especificado, sino además a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley señalen para la obligación, de acuerdo con su naturaleza". (131)

2. Códigos Civiles para el Distrito Federal de 1870 y 1884.

Los códigos civiles de 1870 y de 1884 son marcadamente liberales ya que recibieron influencias jurídicas económicas y políticas que Francia ejerció en nuestro país a través del partido conservador que inclusive trajo como consecuencia la creación de un imperio.

En la segunda parte del siglo XIX en el Código de 1870, México da el salto de las recopilaciones españolas a la Codificación Francesa ya que el proyecto comentado por García Goyena que tuvo influencia en nuestras legislaciones, se inspiró además de la tradición española en el código civil francés de 1804.

El Código de 1870 es promulgado el 13 de abril, por Benito Juárez. Acusa influencias romanas, de la antigua legislación española, de los códigos de Austria y del código de Cerdeña, Holanda y Portugal, así como del proyecto conocido con el nombre de su expositor, Florencio García Goyena, pero sobre todo destaca la orientación francesa que la Comisión encontró en el código napoleónico.

El Código de 1870 recoge el principio del Código Napoleónico en materia de autonomía de la voluntad en su artículo 1535, aunque sin el rigor y majestad que otorga el Código Civil Francés de 1804 a la voluntad.

El Código Mexicano dispone: "Los contratos legalmente celebrados serán puntualmente cumplidos y no podrá revocarse ni alterarse sino por mutuo consentimiento de los contratantes; salvo las excepciones consagradas en la ley. Además, el artículo 1392 que consagró

(131) Ibidem, pp. 57

asimismo el principio autonómico que los contratos "se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento a lo pactado, sino también, a todas las consecuencias que según su naturaleza son conformes a la buena fe, al uso o a la ley. (132)

Borja Soriano sostiene que el Código de 70 refleja en su artículo 1535 arriba citado el principio de la autonomía de la voluntad a imagen y semejanza del artículo 1134 del Código Civil Napoleón. Creo que la afirmación de Borja Soriano, conforme al espíritu de ambas normas es el mismo, en cuanto al principio se declaran aunque en su redacción existan diferencias. (133)

En general, el código de 70, cuyas normas fueron (en este aspecto en particular) influidas notablemente por el legislador francés que consagró una política de la autonomía de la voluntad típica de su época y es encuadrado en los códigos típicamente liberales.

En la parte expositiva del código sostuvo "La ley reglamenta los contratos; pero supone como base esencial de ellos la voluntad de los contratantes". (134)

"El Código Civil de 1884, no introduce novedades importantes al de su predecesor, el de 1870, excepción hecha de la libertad de testar. En realidad, es sólo una revisión del Código anterior que trae como consecuencia una reducción sensible al número de artículos (de 4126 a 3823), y que en materia de contratos es lo mismo, con adición relativa a la forma que se introduce en 1884, encontrando además una redacción técnicamente mejor en su artículo 1296 relativo a las clases del error. (135)

(132) Ibidem, pp. 69, 70 y 71.

(133) Borja Soriano. Op. Cit. pp. 121.

(134) De Buen Lozano. Op. Cit. pp. 70 cita 30.

(135) Ibidem, pp. 71.

Para Néstor De Buen Lozano: el artículo 1310 del Código Civil de 1884 es exponente con cierta benevolencia del principio de la autonomía de la voluntad ya que faculta a los contratantes a poner las cláusulas que crean convenientes si bien, de inmediato, determina que las que se refieran a requisitos esenciales del contrato, o sea, consecuencias de su naturaleza ordinaria, se tendrán puestas, aunque no se expresen.

Por el contrario, es mucho más fácil hallar en el Código Civil de 1884 las limitaciones que se establecen respecto de la autonomía de la voluntad. Se pueden mencionar además de la contenida en el artículo 1310 las siguientes:

El artículo 6 consagra la ineficacia de la renuncia de las leyes en general y en especial de las prohibitivas o del interés público. Este artículo queda complementado con el artículo 1307 que establece la forma de renunciar cuando ello sea factible, en el artículo 7 se sanciona con nulidad a los actos ejecutados en contra de las leyes prohibitivas.

La imposibilidad de que por convenio entre particulares se pueden alterar o nulificar, en cuanto sus efectos, las leyes que interesen el derecho público y las buenas costumbres, están consagradas en el artículo 15, que tiene su antecedente en el famoso artículo 6 del código civil francés de 1804.

Las consecuencias derivadas de la buena fe, el uso o la ley resultaron aplicables a los contratos por encima de lo que expresamente se hubiere pactado por virtud de lo dispuesto en el artículo 1276 con lo que la voluntad deja de jugar un papel exclusivo a los contratos.

Además, el mismo artículo 1419 es un principio limitativo a la voluntad de las partes; Néstor De Buen Lozano sostiene que la base que permite sostener que nuestros códigos civiles de 70 y 84 son fieles observadores del principio de la autonomía de la voluntad, es de que "se trata de una tendencia latente en todo el articulado, pero no expresada categóricamente en una disposición especial. Responde la autonomía de la voluntad a una corrien-

te filosófica y el legislador, presumiendo su aplicación general, prefirió establecer sus límites; consagrándose pues la plena libertad contractual, como norma suprema; pero no exclusivo en la formación, modificación y terminación de los contratos. En todo caso, las leyes imperativas, las cuestiones de orden público (indebidamente calificadas de derecho público en ambos códigos) y las buenas costumbres, constituyen cauces que indudablemente debían seguirse y barreras que no podían derivarse por el sólo efecto de la voluntad de las partes. (136)

3. El Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928.

El Código Civil de 1928 recibe una influencia básica del Código Civil de 1884 en su tendencia liberal, aunque el legislador se inclina por una socialización en algunas de las normas, particularmente al tratar de la propiedad, de la responsabilidad y de determinados contratos en particular, como son la compraventa, el arrendamiento y la aparcería. (137)

En cuanto a las reglas generales del contrato, salvo algunos detalles sin importancia sigue la tendencia liberal de los códigos precedentes y que no puede caracterizarse en su conjunto al Código Civil de 1928 que entró en vigor el día 1.º de octubre de 1932; como un código socialista.

La comisión redactora integrada por Ignacio García Téllez, Francisco H. Ruiz y Rafael García Peña, afirma que "El código adolece de ciertas incoherencias ideológicas. En algunas disposiciones nos parece retrasado - sostiene García Téllez - por haberse conservado doctrinas que debieron desecharse. En otras, es tímido, por no haberse llegado a las consecuencias íntegras de los principios aceptados. Y es relativamente avanzado, porque tuvo que desenvolverse sin romper las barreras constitucionales levantadas para amurar un régimen in-

(136) Ibidem, pp. 224.

(137) De Buen Lozano, Op. Cit., pp. 225.

dividualista con sólo unas cuarteaduras por las que se filtra la luz de las nuevas ideas". (138)

De ahí que parezca incongruente que la comisión redactora, al formular la exposición de motivos, haya afirmado categóricamente que "La doctrina orientadora de este libro sustituye el principio fundamental de la autonomía de la persona para obligarse y disponer de sus bienes como mejor parezca, por una norma menos metafísica e individualista, cual es la sujeción de la actividad humana a los imperativos ineludibles de interdependencia y solidaridad social, creados por la división del trabajo y comunidad de necesidades".

Al comentar el Código Civil de 1928 en materia de contratos se pueden reiterar algunas de las observaciones hechas respecto al Código Civil de 1884. En efecto, el artículo 1839 repite textualmente el Art. 1310 del Código Civil de 1884 en el que se faculta a los interesados para actuar conforme a su voluntad aunque siempre de acuerdo a ciertos límites.

Las declaraciones de tipo general respecto al predominio de las leyes prohibitivas o de interés público, a la irrenunciabilidad de ciertos derechos, y a la forma de renunciar, se repiten en los Arts. 6, 7 y 8 del Código vigente que con modificaciones más de forma que de contenido reiteran lo expuesto en el código anterior.

Lo dispuesto en el Art. 1276, y aún en el Art. 1288 del Código de 1884, se repite, en general, en el artículo 1796 del código actual, tomada del Art. 1441 del Código Civil chileno sin olvidar su remoto y común antecedente con el Art. 1135 del Código Napoleón. (139)

"Se suprimieron una serie de figuras que entorpecían la circulación de la riqueza como la retroventa, enfiteusis y anticresis, y se regularon otros nuevos contratos como la compra-venta con reserva de dominio.

(138) Ibidem, pp. 120.

(139) Ibidem, pp. 225.

Se tendió a reducir la forma como requisito de validez y se buscó así establecer contratos de compraventa de inmuebles, con un mínimo de formalidades, tal es el caso del artículo 2321 del Código Civil, desgraciadamente derogado de hecho". (140)

En conclusión, las nuevas tendencias sociales no afectan el criterio general del Código; únicamente se reflejan en algunas disposiciones aisladas de las que resulta, sin duda, la más notable la contenida en el artículo 2751 en cuanto establece el contrato forzoso de aparcería siguiendo la tesis de Duguít de la función social de la propiedad, se establece que: "El propietario no tiene derecho de dejar sus tierras ociosas" sino el tiempo que sea necesario para que recobre sus propiedades fertilizantes. "Si el propietario no las comienza a cultivar por sí o por medio de otros, tiene obligación de darlas en aparcería conforme a la costumbre del lugar a quien la solicite y ofrezca las condiciones necesarias de honorabilidad y de solvencia" (Art. 2751). (141)

En el contrato de compraventa, que acusa esta corriente de acento social, al modo del Art. 28 constitucional, en su Art. 2267 que dice: "Son nulas las ventas que produzcan la concentración o acaparamiento, en una o en pocas manos, de artículos de consumo necesario y que tengan por objeto obtener el alza de los precios de esos artículos".

(140) Gutiérrez y González. Op. Cit. pp. 76-77.

(141) De Buen Lozano, Op. Cit. pp. 124.

SEGUNDA PARTE

**ANALISIS DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD
Y OTROS SISTEMAS PARA ENCONTRAR LA LEY A LA QUE ESTAN
SOMETIDOS LOS CONTRATOS EXTRANACIONALES**

SEGUNDA PARTE

**ANALISIS DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD
Y OTROS SISTEMAS PARA ENCONTRAR LA LEY A LA QUE ESTAN
SOMETIDOS LOS CONTRATOS EXTRANACIONALES**

INTRODUCCION A LA SEGUNDA PARTE

El problema que suscita un contrato internacional, esto es, aquél cuyos sujetos, objetos y lugares de conclusión y cumplimiento aparecen conectados con diferentes Estados y, por lo tanto, no tienen todos sus elementos nacionales ni afecta exclusivamente a una sociedad nacional, es el de saber en términos generales ¿qué orden jurídico los rige? y ¿qué es lo que determina el orden jurídico aplicable?

Para establecer el régimen de los contratos extranacionales a determinado orden jurídico es posible afirmar con el profesor de la Universidad de Montevideo, Quintín Alfonsín, que sólo hay dos caminos:

Primero.- Que al contrato internacional se le asigne un orden jurídico nacional para que lo rija.

Segundo.- Que al contrato internacional se le asigne un orden jurídico extranacional para que lo regule.

Conforme a la primera proposición que determina que el régimen de los contratos extranacionales será regulado en todos sus aspectos por una legislación nacional, se han creado los siguientes sistemas de solución:

- 1.- LA TEORIA DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES.
- 2.- EL SISTEMA DE LA LEY PERSONAL DE LAS PARTES.
- 3.- EL SISTEMA DE LA LEX LOCI CONTRACTUS CELEBRATI O DE LA LEY DEL LU-

GAR DONDE SE CELEBRA EL CONTRATO.

- 4.- EL SISTEMA DE LA LEX LOCI SOLUTIONIS O DE LA LEY DEL LUGAR DE LA EJECUCION.
- 5.- EL SISTEMA DE LAS SOLUCIONES ANALITICAS.

Este tipo de solución es diferente de los tres últimos sistemas mencionados ya que éstos señalan que todos los contratos extranacionales sean sometidos al mismo régimen, bien ya sea a la ley del lugar de la celebración o a la ley del lugar de la ejecución o a la ley personal de las partes; en cambio, las soluciones analíticas buscan para cada contrato y a veces para cada modalidad dentro del mismo tipo contractual la ley que mejor conviene a su contenido; es decir, señalan cuáles contratos están sometidos al régimen de tal ley y cuáles al régimen de cuál otra.

Dentro de la solución clásica que indica que el contrato extranacional debe ser regulado por determinada legislación nacional, hay autores que sostienen que el contrato debe ser regido en cada aspecto por un orden jurídico nacional diferente y la teoría adversa que determina que el contrato debe ser regulado por una sola legislación nacional.

Teorías que se conocen como las de la unidad y desmembramiento del régimen del contrato internacional.

De acuerdo con la segunda concepción, adversa a la solución clásica, sostiene que el régimen del contrato internacional debe ser regulado por un derecho privado extranacional, no admitiendo que el contrato con elementos extranjeros sea regido por ningún orden jurídico nacional.

CAPITULO PRIMERO

EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Una poderosa corriente doctrinal y jurisprudencial y múltiples legislaciones en sus normas de Derecho Internacional Privado patrocinan la libertad de los contratantes para sujetar el contenido del contrato a la Ley que prefieran, llegando a admitir que, a falta de voluntad expresa que haga esta elección, será válida la que resulte de una voluntad tácita o presunta. Tal es el principio de la autonomía de la voluntad o de autarquía personal, en la terminología del doctor Bustamante, dentro del ámbito del Derecho Internacional Privado. (142)

Se le atribuye al jurisconsulto Charles Dumolin del siglo XVI la paternidad del principio de la autonomía de la voluntad. (143)

Perteneció Dumolin a la escuela de los estatutarios franceses, defendiendo la teoría de los estatutos, no se aparta de la Ley CUNCTUS POPULOS, pero aporta nuevos elementos al Derecho Internacional Privado. Establece como regla general que todas las costumbres son reales pero admite como excepción el estatuto personal y, para diferenciarlo del real, prescinde de la solución de Bartolo (que sostenía "Hay que fijarse en la redacción del estatuto pa

(142) Miaja de la Muela, Adolfo, Derecho Internacional Privado. Tomo II, 5a. Edición, Madrid, Ed. Atlas, 1970, pp. 221.

(143) Salazar Flor, Carlos, Derecho Civil Internacional. Quito, Imp. de la Universidad Central, 1955, pp. 512.

ra precisar la naturaleza del mismo y así sostuvo Bartolo que cuando comenzare refiriéndose a la persona, sería un estatuto personal y cuando comenzare refiriéndose a la cosa, sería real), dando preferencia Dumolín a la naturaleza misma del estatuto de modo que si éste dice relación únicamente a la persona considerada en sí misma es personal, y si afecta únicamente a las cosas o bienes es real.

El estatuto personal sigue al individuo lejos de su domicilio y el real, regula los bienes que radican en el territorio de la consuetudine. (144)

"Históricamente parece ser que los postglosadores no tuvieron nunca en cuenta la intención de las partes y, por lo mismo, no crearon ninguna teoría respecto a esta cuestión y consideraron que los contratos estaban sometidos a la Ley del lugar de su conclusión. (145)

Pero la importancia de Dumolín, hábil abogado, es buscar un sistema seguro para sus clientes, especialmente en contratos matrimoniales, dado que los contratos celebrados en Francia y de acuerdo con la teoría de los estatutos eran válidos sólo en Francia, ya que eran conocidos únicamente los estatutos reales y los personales y tenían el defecto los primeros de referirse sólo a los bienes y de ser territoriales y, los segundos, únicamente a las personas y de ser extraterritoriales y ninguno de los dos tipos de estatutos convenía a los contratos y para asegurar a éstos, un efecto extraterritorial fue necesario separarlos de una y otra de estas categorías de donde nació la idea de considerar que en los contratos la voluntad de las partes es completamente soberana y puede crear el derecho. Los contratantes, serán pues verdaderos legisladores y tendrán facultades para fijar la ley competente.

La ley será de aplicación universal, porque mediante el principio de la autonomía de

(144) Ibidem, pp. 303.

(145) Arce, Alberto G., Derecho Internacional Privado. 6a. Edición, Guadalajara, Ed. Universidad de Guadalajara, 1968, pp. 144.

la voluntad, ésta indica la ley a que las partes han querido someterse para el cumplimiento de la obligación y no tendrá límites. De modo que, para los jueces sea el contrato mismo la fuente en que deberán encontrar la legislación aplicable.

En particular, el contrato de matrimonio - obra de los cónyuges - producirá sus efectos en todas partes, mientras que si fuese obra de la ley no podría tener más autoridad que la que ella tiene y estaría limitado al país cuya ley lo rigiese.

Es por esto que Dumolín reconoce a las partes el derecho de elegir la ley que más le conviene aún en forma tácita y da a los contratantes la seguridad de saber a qué ley están sometidos los contratos; para resolver más fácilmente el conflicto de leyes. (146)

La tesis de Charles Dumolín desde su nacimiento fue aceptada por gran parte de los juristas de su tiempo y la siguieron Pothier y Merlin, pero en el siglo XIX la teoría adquirió cuerpo y desarrollo y estableció que los contratantes tienen el derecho para escoger la ley competente.

Laurant en su obra de "Derecho Civil Internacional" declaró que "Las convenciones no están sometidas a otra ley que a las que fijen las partes... En materia de convenciones, las partes interesadas son legisladoras y gozan en consecuencia de la más completa libertad en el arreglo de sus intereses privados... En materia de los contratos la voluntad de las partes es toda y son ellos los que hacen la ley, es pues, su voluntad la que determina la ley por la cual han de regirse." (147)

De esta suerte, el régimen internacional del contrato en lugar de establecerse por una norma de Derecho Internacional Privado, es determinado por las estipulaciones de las partes

(146) Niboyet, J.P., Principios de Derecho Internacional Privado, trad. Andrés Rodríguez R. Madrid, Ed. Reus, 1930, pp. 655 y 656 y 657.

(147) Arce, Alberto G., Op. Cit., pp. 144.

y su averiguación no plantea una cuestión de derecho sino de hecho: en lugar de consultar las normas de derecho internacional privado del contrato para saber cuál es la ley del contrato, basta con consultar el texto del contrato, para constatar un hecho. Que los contratantes han elegido tal o cual ley, y esta elegida por las partes debe regir al contrato. (148)

"De estos principios se derivó el axioma que por mucho tiempo se tuvo como verdad en cuanto a las obligaciones convencionales y que establecía que la voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos". (149)

Quienes sostienen que el principio de la autonomía de la voluntad es un axioma jurídico, razón por la cual se dispensan de fundamentarlo pero esta actitud nos dice Quintín Alfonsín no es por cierto científica. (150)

Esta afirmación de que las partes contratantes tienen la facultad de escoger la ley del contrato internacional, requiere de ser escrupulosamente fundamentada, para ello algunos autores han tratado de desentrañar sus fundamentos y señalan que las partes pueden elegir la ley del contrato por el derecho de libre contratación que cada legislación nacional les acuerda.

1.- El Principio de la Autonomía de la Voluntad se funda en el derecho de libre contratación acordado por cada legislación nacional.

Para los efectos de este estudio, veremos cómo la mayoría de los estados consagran en su legislación el derecho de libre contratación. En el código civil francés de 1804 encontramos consagrado este principio que influyó notablemente a numerosas legislaciones. Sus artículos más importantes en esta cuestión son: Art. 1134 que dice: "Los convenios legalmente celebra-

(148) Alfonsín Quintín, Régimen Internacional de los contratos. Montevideo, Biblioteca de publicaciones oficiales de la Fac. de Derecho y C.S. de la Universidad de Montevideo, Fac. de Derecho, 1950, pp. 14.

(149) Arce, Alberto G. Op. Cit. pp. 144.

(150) Alfonsín, Quintín, Op. Cit., pp. 14.

dos tienen fuerza de ley entre las partes. No podrán ser revocados sino por mutuo consentimiento o por las causas que la ley señale. Deberán ser ejecutados de buena fe".

El Art. 1135 determina que los convenios obligan no solamente a lo especificado, sino además a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley señalen para las obligaciones de acuerdo con su naturaleza. (151)

Para el derecho civil español cabe destacar las siguientes disposiciones de su ordenamiento de 1889: el Art. 1091 que determina "las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de las mismas".

El Art. 1255 nos dice que "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público". (152)

En la legislación argentina, el código civil de 1871 dispone en su Art. 1197: "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma". (153)

El código civil panameño determina en su Art. 1106: "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a la ley, a la moral, ni al orden público". (154)

La legislación uruguaya en el Art. 1291, inc. 1, del código civil, preceptúa que: "Los contratos celebrados legalmente forman una regla a la cual deben someterse las partes como a

(151) De Buen Lozano. Op. Cit., pp. 57.

(152) Ibidem, pp. 64-65.

(153) Ibidem, pp. 23.

(154) Ibidem, pp. 209.

la ley misma". (155)

En la legislación mexicana encontramos en el código civil de 1870 y, consecuentemente, el de 1884, que es casi lo mismo en materia de contratos. El Art. 1535 del código civil de 1870 y su correlativo, el Art. 1419 del código civil de 1884, que señalan: Los contratos legalmente celebrados serán puntualmente cumplidos y no podrán revocarse, ni alterarse sino por mutuo consentimiento de los contratantes salvo las excepciones consagradas en la ley.

(156)

El Art. 1392 del código civil de 1870 sostiene que el contrato se perfecciona por el mero consentimiento y desde entonces obliga no sólo al cumplimiento de lo pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conforma a la buena fe, al uso o la ley. (157)

En el código civil de 1884 su Art. 1310 faculta a los contratantes para poner las cláusulas que crean convenientes, determinando que los que se refieren a requisitos esenciales del contrato, o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen. (158)

Nuestro actual código civil de 1928 reconoce el principio de la libertad de contratación en sus artículos 1839 que dice: "Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieren a requisitos esenciales del contrato o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que

(155) Alfonsín, Quintín, Op. Cit. pp. 19.

(156) De Buen Lozano, Op. Cit., pp. 227.

(157) Ibidem, pp. 73.

(158) Ibidem, pp. 223.

las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley.

El Art. 1796 que preceptúa que "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquéllos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.

El Art. 1832 que ordena: "En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.

Y así cada orden jurídico regulará conforme a su legislación nacional la libertad de contratación que en términos generales faculta a las partes para contratar o para no hacerlo, para determinar las condiciones, cláusulas y efectos de un contrato e, inclusive, para modificarlo o para darlo por terminado.

Este principio de la libertad de contratación conforme a nuestro derecho positivo no es ilimitado ya que sólo permite a las partes contratar en todas aquellas materias en que la ley no rija imperativamente. La voluntad de los particulares no puede eximir la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario. Los derechos privados pueden renunciarse siempre que no afecten directamente a intereses públicos y cuando esa renuncia no perjudique derechos de terceros. (Arts. 6 y 8 del código civil).

Todas estas limitaciones a la libertad de contratación en el derecho positivo mexicano, las encontramos más o menos en todas las legislaciones, en el sentido de que las partes no pueden derogar en sus disposiciones contractuales las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público, el interés social y las buenas costumbres.

Los autores que sustentan que el principio de la autonomía de la voluntad se basa en

el derecho de libre contratación, afirman que existe un claro paralelismo entre este principio y el de libertad de contratación en el derecho interno.

En uso de esa libertad nos dice Miaja de la Muela, "Las partes pueden establecer en sus acuerdos los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente uno de estos pactos puede ser la sumisión de los derechos y obligaciones recíprocos que del contrato resulten a una determinada ley (159). Por lo tanto, la elección que se haga a una ley en un contrato internacional estará comprendida en la libertad de contratación de que gozan las partes en la esfera nacional. (160)

Cada legislación estatal regula conforme a sus normas el derecho de libre contratación para los contratos nacionales. ¿Será posible que el orden jurídico nacional que regula los contratos cuyos sujetos, objetos y lugares de conclusión y cumplimiento se verifiquen dentro de su soberanía sea competente para determinar el derecho regulador de un contrato internacional cuyos sujetos, objetos y lugares de conclusión y de cumplimiento aparecen conectados con diferentes legislaciones?

Si recordamos con Batiffol que el contrato internacional es una abstracción que no ocupa lugar en el espacio, que lo mismo se manifiesta en el lugar de conclusión que en el de ejecución; que éste no se localiza como una cosa por una regla simple y general, porque no consiste en un objeto material, sino en un acuerdo de voluntades del que derivan ciertos efectos; (161)

La validez y efectos del convenio relacionante como un contacto pleno de sumisión del negocio jurídico a un determinado orden jurídico, se basa en el derecho de libre contratación

(159) Miaja de la Muela, Op. Cit. pp. 211.

(160) Alfonsín, Quintín, Op. Cit. oo. 19.

(161) Miaja de la Muela, Op. Cit. pp. 216.

- según los seguidores de este sistema - surgiendo la siguiente pregunta conforme al derecho de libre contratación: ¿De qué orden jurídico nacional? ¿Será donde se celebra el contrato? ¿o donde el mismo se va a ejecutar? ¿De acuerdo con la legislación nacional de las partes, o la de su domicilio? ¿o a la de un orden jurídico nacional que no guarda ninguna relación o contacto con el contrato? .

Basta recordar para demostrar el error de este sistema que un contrato extranacional suscita un conflicto entre los órdenes jurídicos de las sociedades afectadas por el contrato y es la norma de derecho internacional privado la que debe resolver qué legislación regulará al contrato que contenga elementos extranjeros. No es la autonomía de la voluntad apoyada en el derecho de libre contratación de X orden jurídico la que determinará el derecho regulador de este tipo de contratos; puesto que son, por decirlo así, dos competencias de normas diferentes, unas, las normas de conflicto que determinan la ley aplicable a un contrato extranacional que será regulado por determinada legislación y las normas derivadas del derecho de libre contratación cuya competencia será determinar la facultad de que gozan las partes para regular el contenido y efectos de los contratos en su orden doméstico.

Sin embargo, cuando una regla conflictual tenga carácter permisivo o supletivo y determine como ley del contrato la elegida por las partes será éste el derecho que regulará al convenio internacional pero en virtud de lo determinado por la norma de conflicto y no por la autonomía de la voluntad de las partes basadas en el derecho de libre contratación.

Esta observación es muy importante - nos dice el profesor de la Universidad de Montevideo - demuestra que el principio de la autonomía de la voluntad no puede estar fundado en la libertad de contratación. En efecto, para que las partes puedan, en virtud de la libertad de contratación, elegir la ley del contrato, es preciso que el contrato tenga ya una ley: justamente la que regula la libertad de contratación de las partes.

Los partidarios del principio de la autonomía de la voluntad no reconocen, sin embargo,

el valor de estos argumentos pues en opinión de ellos esa ley preceptivamente aplicable al contrato y que autoriza la elección de las partes, es justamente la elegida por las partes.

Pero, ¿es, acaso, posible que la ley que autorice la elección sea justamente la ley elegida por las partes? No, afirmarlo sería incurrir en el siguiente círculo vicioso: las partes, en trance de elegir una ley, se apoyarían en lo dispuesto por esa ley que van a elegir.

(162)

Hay que puntualizar que la ley aplicable al contrato extranacional es determinada por la norma de conflicto, y esta es la que decide si la cláusula de ley aplicable es válida o no, determinando sus efectos, y no por la voluntad de las partes que no puede realizar la función de la norma de derecho internacional privado.

Se presentarán tres hipótesis cuando en un contrato con elementos extranjeros exista una cláusula de competencia legal y hay regla de conflicto escrita; pues cuando no existe norma de derecho internacional privado escrita la situación cambiará.

Primera.- El derecho de otro modo aplicable o ley normalmente competente será la que regule un contrato con elementos conectados con diferentes legislaciones cuando la norma de derecho internacional privado tenga carácter imperativo. Por lo que la cláusula que contenga la sumisión de las partes a determinado orden jurídico es nula, ya que la libertad de los contratantes no puede derogar lo dispuesto en una norma cuando el mandato de la misma es imperativo.

Segunda.- Que la norma de conflicto sea permisiva, v.g. el código civil griego de 1856 y, a su vez, en el Art. 25 del de 1940 que admite expresamente la voluntad declarada o tácita de las partes para regir la obligación. (163)

(162) Alfonsín, Quintín, Op. Cit. pp. 21.

(163) Miaja de la Muela. Op. Cit. pp. 213.

De esta forma, la cláusula de ley aplicable será un contacto pleno que regulará al contrato internacional por el derecho voluntario.

Tercera.- Que la regla conflictual sea de carácter supletivo y en caso de que exista un convenio relacionante, sea éste el que determine el derecho regulador del contrato por la ley voluntatis; si no existe cláusula de competencia legal será la ley normalmente competente la que regulará al contrato con elementos extranjeros.

A veces se intenta eludir estos argumentos por los seguidores de esta postura; afirmando que lo que autoriza la elección de las partes es la norma de derecho internacional privado del estado que juzga. Pero este argumento es superficial puesto que es ésta la regla conflictual del estado que juzga la que determina si el convenio relacionante es válido o nó y cuáles son sus efectos; y, por lo tanto, no es el principio de la autonomía de la voluntad basado en el derecho de libre contratación del estado que juzga el que determina la validez de la cláusula.

Es de notar en esta hipótesis que dicho estado sólo puede autorizar con sus normas la elección de las partes si el contrato está sometido a su jurisdicción; es verdad que para validar la elección basta, por lo tanto, con que las partes elijan esa jurisdicción y le sometan el contrato, pero para elegir esa jurisdicción, las partes se apoyarán en las normas de competencia jurisdiccional del estado cuya jurisdicción van a elegir. (164)

La voluntad de las partes, basada en el derecho de libre contratación no puede derogar en la celebración de un contrato con elementos extranjeros, el mandato impuesto por la norma de derecho internacional privado cuando ésta es imperativa; podrá determinar el derecho regulador del negocio jurídico cuando la norma de derecho internacional privado tenga carácter permisivo o en el supuesto normativo de que la regla conflictual disponga supletiva-

(164) Alfonsín, Quintín, Op. Cit., pp. 21.

mente que se aplicará otro derecho salvo pacto en contrario, por ejemplo, cuando la norma de derecho internacional privado dispone que el derecho regulador del contrato es "el derecho del lugar que se celebró el contrato a menos que aparezca claramente que las partes contratantes tuvieron presente otro derecho". (165)

En estos dos últimos supuestos en que el derecho regulador es determinado por la validez que la norma conflictual otorga al convenio relacionante; hay que tomar en cuenta además de que los resultados a que conduzca la ley elegida por las partes resulten admisibles en el país donde ha producido efecto, esto es, cuando no contraríen su orden público. (166)

Existen estados en que sus normas de conflicto escritas no resuelven el problema, en virtud de que en las leyes en concurso no existen disposiciones de carácter internacional para determinar la ley competente en los contratos extranacionales.

Los partidarios del principio de la autonomía de la voluntad basados en el derecho de libre contratación sostienen que los contratantes tienen la facultad de elegir entre las varias leyes posibles la que ha de regir el contrato; realizando la función que de otra forma llevaría a cabo la regla conflictual.

Esta afirmación nos lleva al siguiente problema: de determinar si el derecho elegido por las partes para regular al contrato extranacional conforme al principio de la autonomía de la voluntad basado en el derecho de la libre contratación (esta hipótesis surge cuando no hay norma de derecho internacional privado) va a ser ilimitado; esto es si el contrato internacional va a ser regulado completamente por el derecho escogido por las partes (*lex voluntatis*).

Quintín Alfonsín, niega a las partes la facultad de determinar la ley del contrato, por

(165) Bayitch, S.A., "La Autonomía de las Partes en la Elección del Derecho Aplicable a los Contratos" (The Connecting Agreement), Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México, Año VII, núm. 19, México, D.F., enero - abril, 1954. pp. 49.

(166) Miaja de la Muela, *Op. Cit.* pp. 214.

la libertad de contratación en razón de que para las partes puedan en virtud de este principio elegir la ley del contrato, es preciso que el contrato tenga ya una ley, justamente la ley que regula la libertad de contratación de las partes.

A su vez, los seguidores del mencionado principio argumentan que el derecho de elección está reconocido por todas las legislaciones del mundo, nada importa que las partes funden su derecho de elección en la ley que van a elegir o en otra. En verdad, si todas las legislaciones son coincidentes en este punto, no es preciso señalar concretamente cuál es la ley en que se funda el derecho de las partes; pero basta con admitir que esa ley exista para que quede demostrado que es esa ley la que rige al contrato, y no la elegida por las partes. (167)

Esta ley del contrato determina qué efectos tiene la cláusula de sumisión a determinado orden jurídico propuesto por las partes; "Además, las partes sólo pueden elegir la ley del contrato en tanto no rebasen el orden público impuesto por la ley del contrato. Por lo tanto, esa ley que impone su orden jurídico interno al contrato y que fija, por consiguiente, la medida en que las partes son libres de elegir, no puede ser la elegida por las partes, pues ello importaría que la medida de la libre contratación es fijada por libre contratación". (168)

Sin embargo, si la elección de las partes se funda, como venimos suponiéndolo, en el derecho de libre contratación acordado por una ley, las partes no pueden substraerse al orden público interno de dicha ley, dado que sólo existe el derecho de libre contratación en la medida en que no rebase el orden público interno.

La ley que rige al contrato determina cuando un efecto contractual no puede ser modificado por pacto en contrario, cuando el ordenamiento del país lo considera de ius Cogens, que

(167) Alfonsín, Quintín, Op. Cit. pp. 21.

(168) Ibidem, pp. 22.

dando restringida la autonomía de la voluntad basado en el derecho de libre contratación en todos aquellos sectores de las normas imperativas o prohibitivas, o sea, en aquellos sectores en que interviene el orden público.

En el derecho privado de un país existen disposiciones legales en materia de contratos de naturaleza dispositiva, es decir, que pueden suprimirse, moderarse o ser aumentados por el libre juego de la voluntad de los contratantes. Es así que una cláusula contractual que remite a una legislación acordada por la voluntad de las partes tendrá plena validez si conforme al derecho de libre contratación de la ley del contrato las partes gozan o tienen esta facultad de regular determinado elemento o efecto del contrato extranacional.

Esto es cuando en la ley del contrato encontramos prescripciones facultativas que, como su nombre lo indica dejan a las partes en libertad de actuar sobre aspectos que no sean de naturaleza imperativa o prohibitiva.

En uso de esta facultad, Quintin Alfonso nos dice: "Las partes, al celebrar una compra-venta, pueden estipular, por ejemplo, que en caso de evicción, el vendedor restituirá el precio, los gastos, los frutos y los daños. Si alguna controversia se suscitara sobre el punto, el juez, sea del Estado que sea, por el hecho de reconocer que lo que tiene entre manos es un contrato, deberá respetar la voluntad de las partes así expresada y aplicar esa cláusula para liquidar lo que debe el vendedor.

Si en lugar de expresarse así, las partes prefirieron copiar, como cláusula del contrato el texto del Art. 1603 del código civil francés (que con otras palabras establece lo mismo), el juez, sea del Estado que sea, también debe respetar la voluntad de las partes y aplicar esa cláusula para hacer la liquidación.

Y, si en lugar de reproducir en el contrato ese texto legal, las partes prefirieron remitirse a la legislación de donde lo extrajeron diciendo, por ejemplo, con respecto al saneamiento nos atenemos a la legislación francesa, el juez, sea del Estado que sea, debe asimis-

mo, respetar la voluntad de las partes expresada en esa remisión y liquidar la deuda aplicando la legislación por ellas invocada". (169)

En esta división entre las leyes imperativas que regulan al contrato independientemente de la voluntad de las partes, y las normas dispositivas que quedan en el dominio de la autonomía de la voluntad, hay que examinar conforme a la ley del contrato que "no es la intención de las partes la que debe fijar la resolución del magistrado la única cosa que debe examinar es su poder, es decir, si les ha sido permitido hacer las estipulaciones en la forma en que hayan querido en relación de sus intereses. (170)

Debido a las severas críticas que la doctrina le ha hecho al principio de la autonomía de la voluntad para determinar el régimen de los contratos internacionales como fue concebida desde tiempos de Dumoulin, en el sentido de que en materia de contratos extranacionales la voluntad de las partes es soberana, y que ella debe ser la que indique la ley, y por otra parte, el sorprendente éxito que la solución autonómica ha tenido en los sistemas conflictuales legislativos y jurisprudenciales y de la sentencia dictada por el tribunal permanente de Justicia Internacional, ha conducido a numerosos juristas al replanteamiento del problema que permitiese fijar lo que de aprovechable y válido existe en el principio de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales.

Entre los ensayos de realización de esta teoría caben destacar los estudios sobre este tópico de dos juristas contemporáneos.

El primero de ellos es S. A. Bayitch y el segundo de los autores es Henri Batiffol; estos dos autores rehabilitan en forma más moderna y realista la vieja tesis de la autonomía

(169) Ibidem, pp. 18-19.

(170) Miaja de la Muela, Op. Cit., pp. 212.

de la voluntad.

2. Teoría del Convenio Relacionante de S.A. Bayitch.

En un contrato cuyos sujetos, objetos y lugares de conclusión y cumplimiento aparecen conectados con diferentes estados, las partes no se sienten razonablemente seguras respecto a sí, de surgir un litigio, los tribunales aplicarán el derecho local o el extranjero. Para asegurarse las partes la ley que regirá el contenido del contrato internacional, echan mano éstas de sus propios recursos y de mutuo acuerdo "agregan una cláusula a su convenio principal" (acto jurídico básico) que establece un contacto a conexión (convenio relacionante) con el sistema jurídico que desean aplicar (*lex voluntatis*)" (171)

Esta facultad que tienen los contratantes de saber qué ley regulará un contrato que tiene contacto con diferentes legislaciones, debe estudiarse con toda objetividad, partiendo de las deficiencias que existen en los actuales sistemas jurídicos para resolver los problemas que suscitan los conflictos de leyes en virtud del intercambio cada día mayor del comercio entre las naciones.

En vista del análisis de los diferentes sistemas para encontrar la ley que rige el contrato internacional, creo que la elección de las partes para regular sus obligaciones internacionales va a arraigar como un instrumento racional y uniforme para solucionar los conflictos en este importante aspecto del derecho internacional privado.

Para el estudio de la autonomía de las partes en la elección del derecho aplicable, en los contratos, desarrollaré el estudio de S. A. Bayitch que aísla metódicamente el fenómeno "separando los efectos del convenio en la esfera del derecho internacional privado, de aquéllos que se producen en la esfera de aplicación del derecho así elegido" (172)

(171) Bayitch, S.A., Op. Cit., pp. 41

(172) Ibidem, pp. 43.

En un contrato internacional, cuyos diversos elementos están conectados con diferentes legislaciones, será regulado por las normas de derecho internacional privado que regula las obligaciones convencionales del Estado que tenga conexión con el convenio.

"Este derecho, sin embargo, no es en modo alguno uno y el mismo a través del mundo jurídico. No existe una norma general de derecho internacional privado, relativa a los contratos, sostenida por un mismo contacto deseado como, por ejemplo, el lugar de la contratación de Beale o de la nacionalidad del deudor de Zitelman, por el contrario cada Estado aplica su propio derecho internacional privado y determina el derecho regulador aplicable conforme a tales normas". (173)

En consecuencia, con referencia al mismo acto jurídico habrá, en principio, tantos derechos reguladores aplicables, locales y extranjeros, como diferentes sistemas de derecho internacional privado referentes a la materia existan en vigor.

Las partes pueden determinar el sistema jurídico aplicable a un contrato con elementos extranjeros de diversas formas:

La forma directa que es mediante convenio de las partes.

Las formas indirectas que son: a) la creación de otros contactos o conexiones adecuadas; b) la incorporación al acto de normas jurídicas escogidas; c) la sumisión del acto a un tribunal que de otro modo sería incompetente. (174)

a) Determinadas circunstancias de hecho de un contrato internacional que son contactos decisivos conforme a las normas de derecho internacional privado, las partes manejando hábilmente estos elementos pueden influir y aún resolver el problema del derecho que le será aplicado.

(173) Ibidem, pp. 50.

(174) Ibidem, pp. 43.

Si hacen de estos elementos de hecho, un contacto mediante el cual fijan su contrato en un determinado lugar, por ejemplo, los contratantes celebrarán su contrato en un país cuyo derecho deseen aplicar. Ello se hace esperando que el Tribunal aplique las normas del lugar en que el acto se perfecciona y sostenga el derecho de tal lugar como regulador.

Mediante tales conexiones y la intervención de las partes para escoger el derecho del contacto, algunos tribunales investigan cuando esos manejos indican una intención fraudulenta, (v.g., evasión de las leyes contra la usura). (175)

b) Otra de las formas para determinar la aplicación de un sistema jurídico que de otra forma resultaría inaplicable a un contrato internacional, es la simple inclusión del texto de la ley respectiva como parte del contenido mismo del acto, como cualquier otra disposición contractual.

Este fenómeno, conocido en la doctrina como el de "transformación de disposiciones legales en disposiciones convencionales" encuentra eco, como derecho escogido por las partes, cuando determinado tribunal encuentra que tal incorporación es una indicación suficiente como de la intención de las partes para sujetar a un acto al sistema jurídico del cual tomaron las normas; (176) puede citarse el caso *Foubert Vs Turst* en que el Tribunal sostuvo un convenio relacionante relativo a la "Costumbre de París" interpretándolo como una incorporación en el sentido de que ésta significa "tanto como si la costumbre hubiera sido transcrita en general" lo cual "por ningún motivo implicaba una tentativa de introducir leyes extranjeras" (177)

Esta incorporación de normas en un contrato internacional, por regla general no se

(175) Ibidem, pp. 43-44

(176) Ibidem, pp. 45

(177) Ibidem, pp. 45, cita 15.

considera como un contacto, o sea, no se le da el efecto de un convenio relacionante, pleno, efectivo, para determinar la regulación total del contrato, ya que el derecho que regulará el acto jurídico básico deberá determinarse conforme a las normas del derecho internacional privado y, en la mayoría de las veces, no se define a través de la simple inserción de normas legales en el acto, a favor del sistema jurídico respectivo. (178)

Nos servirá como ejemplo la resolución del Reichsgericht alemán de abril 11 de 1933 que sostuvo: "De la inserción de normas imperativas no debe inferirse un convenio relacionante a favor de este sistema jurídico". (179)

Cuando las partes en el acto jurídico básico incorporan normas jurídicas de un sistema jurídico de otro modo inaplicables, ocurren cambios de importancia en tales normas ya que pierden sus grados de eficacia para regular al contrato. Las reglas imperativas se vuelven supletorias y se les dará efecto a tales normas en su carácter supletivo, sólo en la medida en que no sean contrarias con las normas imperativas del derecho que regula el acto, conforme al derecho internacional privado aplicable. (180) En este sentido, un acuerdo de la Corte de Casación Italiano del 21 de enero de 1928 "Reconociendo el efecto de normas insertas de otro modo inaplicables siempre que no sean contrarias al orden público y, más generalmente, a alguna disposición imperativa del derecho italiano, sin importar el hecho de que correspondan a un derecho o costumbre extranjeros". (181)

"Es usual que algunos autores y varios tribunales hablen de todo derecho aplicable" -

(178) Ibidem, pp. 45.

(179) Ibidem, pp. 45, cita 10.

(180) Ibidem, pp. 46.

(181) Ibidem, pp. 46, cita 18.

por cualquier causa - como derecho incorporado en el contenido del acto jurídico básico.

(182)

Los autores aún en la actualidad consideran - nos dice Bayitch - que el convenio relacionante no es sino una inserción de reglas propuestas contenidas en la Lex Voluntatis, por ejemplo, "la referencia al derecho escogido es simplemente un camino breve para incorporar leyes y resoluciones judiciales que claramente lo regularían si se transcribiera literalmente en el contrato".

Muchos tribunales usan estas expresiones para designar un convenio relacionante: "Incorporando las disposiciones de cualquier derecho extranjero dentro de su contrato" (Jacobs, Marcus Co. Vs. Credit Lyonnais, 1884). Tribunales norteamericanos han decidido como, por ejemplo, Pritchard Vs. Norton (1882) "Que el derecho en cuya búsqueda estamos... es el que las partes han... incorporado, en sus contratos como constituyendo sus obligaciones". Estas expresiones fueron adoptadas en juicios poco comunes por el Reichsgericht, como por ejemplo, en su sentencia de 20 de febrero de 1913 en que el Tribunal sostuvo que un convenio relacionante "b'asicamente no tiene otro sentido que el que las partes en lugar de insertar todas las reglas adicionales que se pretende sean aplicables a su contrato, las hacen parte de su acuerdo, contractual mediante una referencia relativa al derecho aplicable". (183)

Nos dice el mencionado autor que se recurre a la doctrina de la incorporación, por los adversarios del convenio relacionante, como por ejemplo, en el caso de Gerli y Co. Vs. Cunard SS L.T.D. de 1931, que afirmó: "Las personas no pueden, mediante un convenio, introducir el derecho de otro país, pueden, por supuesto, incorporar cualesquiera disposición que deseen en sus convenios - una ley como cualquier otra cosa - y cuando lo hacen, los

(182) Ibidem, pp. 47.

(183) Ibidem, pp. 47, cita 19.

tribunales tratarán de encontrarle sentido al conjunto, en la medida en que sea posible".

(184)

No creemos que se pueda identificar la simple inserción de normas jurídicas de un sistema jurídico inaplicable en un contrato internacional, con la elección del derecho hecho por las partes, es decir, con un convenio relacionante ya que éste es un substituto completo del contacto que designe el sistema jurídico que lo regula. (185)

La última forma indirecta en que las partes pueden expresar su elección del derecho, es someter el acto a la jurisdicción escogida con vistas a las normas de derecho internacional privado de ésta y a través de ella, someterlo al derecho sustantivo así designado. (186)

"Tal sumisión de jurisdicción (prórroga), una vez establecida conforme a las reglas jurisdiccionales del tribunal, hace aplicable no sólo las normas procesales de dicho tribunal, sino también las del derecho internacional privado del mismo.

De esta manera, las partes pueden elegir el derecho sustantivo aplicable hasta donde la elección coincide con las alternativas contenidas en las normas del conflicto del forum prorogatum.

No sólo las normas de derecho internacional privado varían de país ofreciendo a las partes un margen más bien limitado para la elección del derecho sustantivo que desean, sino que también hay tribunales que sostienen que una prórroga de jurisdicción implica asimismo una sumisión a su derecho sustantivo.

Es interesante notar que estas argucias para lograr la aplicabilidad de un particular derecho, están prohibidas por la Convención sobre Transporte Aéreo Internacional (Varsovia, 1929)

(184) Ibidem, pp. 47, cita 19.

(185) Ibidem, pp. 47.

(186) Ibidem, pp. 48.

puesto que su artículo 32 dispone: "Cualquier cláusula contenida en el contrato y todos los convenios especiales celebrados antes de ocurrir el daño, por las cuales las partes pretendan infringir las reglas fijadas por esta Convención mediante la alteración de las reglas respecto a la jurisdicción, serán nulas". (187)

En un contrato que contenga un convenio relacionante (Cláusula de ley aplicable) a un determinado orden jurídico, habrá otro sistema de normas jurídicas predeterminado, que lo regularían conforme a las disposiciones de derecho internacional privado, si no existiera tal convenio ya que los dos sistemas mencionados rivalizan en su aplicabilidad para regular al acto jurídico básico. Por lo que en esta situación "habrá siempre dos sistemas jurídicos disponibles; uno será el escogido por convenio de las partes y el otro estará pronto para ser aplicado cuando no haya tal convenio". (188)

El sistema jurídico escogido por convenio a las partes puede o no coincidir con el derecho que se aplicaría conforme a las normas de conflicto regulador o predeterminado en ausencia de tal convenio.

Uno de los principales problemas que entraña el examen de la elección del derecho hecho por las partes, se refiere a la relación que existe entre el derecho de otro modo aplicable, por un lado, y la Lex Voluntatis, en la etapa de aplicación de ésta. (189)

El derecho regulador o derecho de otro modo aplicable, desempeña una triple función:

En algunos sistemas jurídicos la ley normalmente competente (derecho de otro modo aplicable), será la que regule el contrato, cuando las partes no hayan hecho uso de la autono

(187) Ibidem, pp. 48-49.

(188) Ibidem, pp. 49.

(189) Ibidem, pp. 50.

mía de la voluntad para determinar la ley aplicable.

En estos sistemas que admiten la elección del derecho por las partes, sostienen que sus normas de derecho internacional privado que se orientan hacia el derecho de otro modo aplicable, son supletorias en el sentido de que el efecto de estas normas de conflicto puede ser eliminado por un convenio de las partes que seleccione un derecho diferente para regular el acto. En esta situación, a la regla de derecho internacional privado que designa contactos que deben seguirse con respecto a tal acto, se le da un simple efecto de norma supletoria, siempre que no exista una intención diferente de las partes respecto al derecho aplicable, que tomaría un lugar preferente sobre las reglas supletorias de derecho internacional privado.

Por el contrario, las normas de conflicto se han considerado rígidas en estado que niegan efecto a los convenios relacionantes (190) en razón de la omnipresencia suprema del derecho de otro modo aplicable, es decir, tales normas predominan frente al derecho voluntario no reconociéndoles ningunos efectos adicionales de derecho internacional privado al convenio relacionante más allá de los límites establecidos por el derecho de otro modo aplicable. Por lo que tales normas están exceptuadas por disposición de la ley; expresa y tácitamente de cualquier modificación por convenio de las partes en una situación específica reconociéndole al derecho voluntario el simple efecto de una incorporación. (191)

Cuando existe un convenio relacionante que señala la aplicación de un orden jurídico y ese contacto sea válido conforme a las normas de derecho internacional privado, se aplicará el derecho escogido por las partes para regular ese contrato, pero cuando ese convenio vaya en contra de las normas de conflicto indicadas normalmente por su derecho internacional priva-

(190) Ibidem, pp. 71.

(191) Ibidem, pp. 50.

do, o no exista tal convenio siempre habrá un orden jurídico determinado o indicador por las mismas normas de derecho internacional privado para regular el contrato y será "el derecho de otro modo aplicable", que la doctrina con Rabel lo denomina derecho predeterminado, a su vez Yntema lo nombra Derecho Regulador (Controlling) o Derecho Indicado y Lewal como la ley normalmente competente.

"Así, cuando en un país en que la norma usual de derecho internacional privado, dispone que se aplicará el derecho del lugar en que se celebró el contrato" "a menos que aparezca claramente que las partes contratantes tuvieron presente otro derecho", el derecho de otro modo aplicable será el derecho del lugar de la celebración del contrato" (192).

Al convenio relacionante se le han dado diferentes denominaciones:

"Acuerdo sobre la ley aplicable" por Jean Pretre; "cláusula de la competencia legal" según Wigny; "estipulatio iuris" conforme a Meijers, y así mismo ha habido discrepancias para determinar su naturaleza, tres son las teorías principales expuestas al respecto: (193)

La primera, sostiene con Nussbaum y Mayer que el convenio relacionante es una regla de derecho internacional privado, creemos que esta postura no toma en cuenta que el convenio relacionante no es más que un acto jurídico basado en una regla permisiva de derecho internacional privado y no una regla o norma jurídica de derecho internacional privado. (194)

En segundo término, Batiffol nos dice: "Las partes no escogen formalmente la ley aplicable sino que localizan su contrato y el juez deduce de ello la ley aplicable", y por esto el convenio relacionante no es sino una localización del acto jurídico básico. (195)

(192) Ibidem, pp. 49.

(193) Ibidem, pp. 49, cita 24.

(194) Ibidem, pp. 54.

(195) Maja de la Muela, Op. Cit., pp. 216.

Si bien es cierto que el profesor de París basa su teoría en la voluntad tácita de las partes para localizar (determinar el derecho regulador) su contrato, también es cierto que depende por completo del derecho internacional privado aplicable; y si el convenio relacionante conforme a las normas de conflicto es un contacto pleno será el derecho escogido por las partes el que regulará el contrato internacional.

La tercera posición afirma con Bayitch "El convenio relacionante que crea un contacto pleno con el derecho escogido por las partes no tiene sino una fuente de la cual puede derivar sus efectos. Este es el derecho internacional privado regulador, el que decidirá si se ha de dar o no efecto a tal convenio y, en caso afirmativo, bajo qué condiciones y en qué medida. (196)

Para dirimir un litigio de un contrato con elementos extranjeros que contenga una cláusula de ley aplicable, el tribunal tendrá que decidir si se estableció o no un contacto efectivo por el convenio de las partes.

Y después de decidir al respecto aparecerá otra etapa cuando el derecho así escogido es aplicado.

En un contrato extranacional que contenga un convenio relacionante a un determinado derecho, el tribunal que conozca de litigio resolverá, conforme a qué derecho se determinará la existencia misma de la cláusula de ley competente (por ejemplo, su validez sustantiva, interpretación, forma, error, dolo), y una vez que el tribunal ha encontrado ese sistema jurídico y resuelto que existe un convenio relacionante conforme a su derecho sustantivo, tendrá que pasar a un segundo problema, deberá determinar conforme a sus normas de derecho internacional privado qué efecto, si es que tiene alguno ha de darse al derecho escogido por

(196) Bayitch, S.A., Op. Cit., pp. 52-53.

las partes y bajo qué condiciones. (197)

En caso que el convenio relacionante satisfaga los requisitos establecidos por el derecho internacional privado del tribunal, respecto al efecto de la elección, es decir, que establezca un contacto efectivo con la Lex Voluntatis, esa misma será respetada y el derecho elegido por las partes será reconocido como el sistema escogido y regulador; y, finalmente, el Tribunal aplicará el derecho voluntario conforme a las reglas del mismo, que regulan la aplicación del derecho extranjero en general y del derecho extranjero como Lex Voluntatis en particular. (198)

Surgiendo la siguiente pregunta de conformidad con qué derecho el Tribunal determinará la existencia del convenio relacionante (v.g. su validez sustantiva, interpretación, forma, error, dolo).

La primera opinión considera que el tribunal determinará el derecho sustantivo que regula la validez del convenio relacionante siguiendo los contactos exhibidos por el convenio, (por ejemplo, el lugar de perfeccionamiento del convenio relacionante); dando lugar a que el Tribunal, por lo general, aplique el derecho del lugar en que se perfeccionó el acto jurídico básico y, en consecuencia, declarará como regulador un derecho diverso al escogido por las partes como Lex Voluntatis. El derecho sustantivo regulador, sin embargo, coincidirá probablemente con el derecho de otro modo aplicable, en este sentido Rabel nos dice: "que el punto de vista prevaleciente, sin embargo, es que el derecho aplicable en ausencia de un acuerdo, regula la permisibilidad de éste, incluyendo cualquier convenio con respecto al derecho aplicable (199) podemos encontrar una excepción en los tribunales que se adhieren a la doctrina del lugar de cumplimiento para regular el contrato ya que el lugar de cum-

(197) Ibidem, pp. 56.

(198) Ibidem, pp. 57.

(199) Ibidem, pp. 57, cita 37.

plimiento para regular el contrato ya que el lugar de cumplimiento y el convenio relacionante en relación con el acto jurídico básico no es diferente y se aplicará la Lex Fori para determinar la existencia de la cláusula de la ley aplicable.

La segunda postura es la de aplicar el derecho escogido por las partes señalando que tanto el convenio relacionante como el acto jurídico básico serán regulados por el mismo derecho.

Esta solución es la adoptada por el reciente proyecto de convención sobre las normas relativas a las compraventas internacionales de mercancías (La Haya, 1951) que dispone: "Las condiciones que afectan al consentimiento de las partes respecto al derecho declarado aplicable se determina por tal derecho" (Art. 2, 3).⁽²⁰⁰⁾

La tercera postura es la que el derecho del Tribunal debe regular los requisitos de esencia del convenio relacionante, junto con sus efectos de derecho internacional privado, que nos parece la más adecuada.

Algunos tribunales exigen además que el convenio relacionante sea de buena fe y legal, conforme al punto de vista a que ha aceptado, estos requisitos deben satisfacer las condiciones establecidas por la Lex Fori.⁽²⁰¹⁾

El convenio relacionante o cláusula de ley aplicable que crea un contacto con el derecho escogido por las partes, deriva sus efectos de las normas de derecho internacional privado regulador, que es el que decidirá si ha de dar o no efecto a tal convenio y, en caso afirmativo, bajo qué condiciones y en qué medidas.

En consecuencia, no hay razón para sostener que la elección por las partes del derecho aplicable es una determinación a priori de este derecho y contrario a la lógica jurídica

(200) Ibidem, pp. 57.

(201) Ibidem, pp. 58.

toda vez que es un acto jurídico basado en una regla permisiva del derecho internacional privado y que el efecto que se le da a ese orden jurídico escogido por las partes depende por completo de las normas predeterminadas de derecho internacional privado aplicables.

Al considerar el convenio relacionante en actividad por un Tribunal tendrá que decidir conforme a sus normas de conflicto, si se estableció o no un contacto efectivo por el convenio de las partes al derecho escogido (*lex voluntatis*) y bajo qué indicaciones o condiciones.

Para efectos de este estudio siguiendo al mencionado jurista S.A. Baylitch, los países serán agrupados en tres clases principales.

La primera, que incluye los estados que "reconocen el convenio relacionante como un contacto efectivo con la *Lex Voluntatis* aún cuando difieren con respecto a una aplicación subsecuente más o menos limitada de la ley escogida por los contratantes. (202)

Los estados que reconocen al convenio relacionante como un contacto válido contienen a toda "Europa Occidental" (Francia, Alemania, Italia, Suiza, España, Bélgica, los Países Bajos, Dinamarca, Noruega, Suecia, Grecia y la Gran Bretaña con Canadá y Austria) Tailandia, China y Japón tienen disposiciones expresas a tal efecto como también Marruecos y el Congo Belga. Los Estados Unidos pertenecen a este grupo y, recientemente, en el juicio de *Lauritzen vs. Larsen*, fue expuesto de nuevo el principio de que "a excepción de lo prohibido por el orden público la tendencia del derecho es la de aplicar en materia contractual el derecho deseado por las partes". (203)

"A su vez, los tribunales internacionales reconocen el derecho escogido por las partes como cosa corriente" por ejemplo, la sentencia adaptada por el tribunal permanente de Jus-

(202) Ibidem, pp. 59.

(203) Ibidem, pp. 60-63.

toda vez que es un acto jurídico basado en una regla permisiva del derecho internacional privado y que el efecto que se le da a ese orden jurídico escogido por las partes depende por completo de las normas predeterminadas de derecho internacional privado aplicables.

Al considerar el convenio relacionante en actividad por un Tribunal tendrá que decidir conforme a sus normas de conflicto, si se estableció o no un contacto efectivo por el convenio de las partes al derecho escogido (*lex voluntatis*) y bajo qué indicaciones o condiciones.

Para efectos de este estudio siguiendo al mencionado jurista S.A. Baylitch, los países serán agrupados en tres clases principales.

La primera, que incluye los estados que "reconocen el convenio relacionante como un contacto efectivo con la *Lex Voluntatis* aún cuando difieren con respecto a una aplicación subsecuente más o menos limitada de la ley escogida por los contratantes. (202)

Los estados que reconocen al convenio relacionante como un contacto válido contienen a toda "Europa Occidental" (Francia, Alemania, Italia, Suiza, España, Bélgica, los Países Bajos, Dinamarca, Noruega, Suecia, Grecia y la Gran Bretaña con Canadá y Austria) Tailandia, China y Japón tienen disposiciones expresas a tal efecto como también Marruecos y el Congo Belga. Los Estados Unidos pertenecen a este grupo y, recientemente, en el juicio de *Lauritzen vs. Larsen*, fue expuesto de nuevo el principio de que "a excepción de lo prohibido por el orden público la tendencia del derecho es la de aplicar en materia contractual el derecho deseado por las partes". (203)

"A su vez, los tribunales internacionales reconocen el derecho escogido por las partes como cosa corriente" por ejemplo, la sentencia adaptada por el tribunal permanente de Jus-

(202) Ibidem, pp. 59.

(203) Ibidem, pp. 60-63.

ticia Internacional el 12 de julio de 1929 sobre empréstitos serbios. "El Tribunal, conociendo de una diferencia que implica la cuestión de saber cuál es la ley aplicable a las obligaciones contractuales de que se trata, no puede determinar esta ley más que inspirándose en la misma naturaleza de estas obligaciones y de las circunstancias que han acompañado a su creación, salvo el tener en cuenta igualmente la voluntad de las partes, esto es, por otra parte lo que deben hacer los tribunales nacionales en ausencia de reglas de derecho nacional referentes a los conflictos de leyes. (204)

El segundo grupo de países condicionan la aceptación del convenio relacionante y lo basan en dos factores. Uno se refiere a la relación existente entre el acto jurídico y la *lex voluntatis* y el otro, se funda en el *Status Especifico del Derecho Internacional Privado* al acto jurídico básico.

En la primera limitación o condición con el sistema jurídico acordado por las partes, es que el contrato o acto jurídico básico debe tener una conexión razonable con el derecho escogido por las partes, tal como lo dispone el proyecto del Código de Comercio uniforme de 1952 de los Estados Unidos que preceptúa lo siguiente: "Siempre que un contrato, instrumento, documento, garantía o acto represente una relación razonable respecto a uno o más estados o países, además de este Estado, las partes pueden concluir que el derecho de tales estados o países regulen sus derechos y obligaciones. En ausencia de un convenio que satisfaga los requisitos de este párrafo, esta ley es la que rige". (205)

Otro ejemplo de limitación a la elección del derecho escogido por las partes lo encontramos en la ley polaca que mediante una "enumeración de contactos" hecha con objeto de designar los sistemas jurídicos disponibles para la elección de éstos, dispone: "Las partes pueden someter su relación contractual al derecho de su país, al derecho del domicilio, al derecho del país en que el acto fue celebrado, al derecho del lugar en que el acto va a cumplir-

(204) Miaja de la Muela, Op. Cit., pp. 217.

(205) Bayitch, S.A., Op. Cit. pp. 64.

se o al derecho del lugar en que la cosa esté situada (Artículo 7). Encontrando, además, una limitación adicional con respecto a la aplicación del derecho así escogido (Art. 10) que más adelante examinaremos. (206)

A su vez, Wolff propone que el requisito de elección del derecho por las partes esté limitado a sistemas jurídicos "entre aquellas ordenaciones jurídicas que pueden tenerse en cuenta como sede de la relación contractual enumerando los contactos que indica tal sede (que es un reflejo de la técnica de la ley polaca de 1926 arriba citada) dándonos como ejemplo la nacionalidad de las partes, lugar de la celebración o ejecución del contrato, etc. etc." (207)

Sin la rigidez de la ley polaca el "proyecto Benelux del Código Uniforme de Derecho Internacional Privado que enumera como la ley polaca los límites de elección de la ley aplicable a contactos permitidos, aunque admitiendo cualquier otro contacto justificativo de la elección de las partes siempre que tales "otras circunstancias que lo rodeen" sean suficientes para mostrar que el contrato "pertenece principalmente al sistema jurídico de un particular país". (208)

En el segundo caso, la elección del derecho por las partes está condicionada sólo en situaciones que involucren actos internacionales o multilegales. Sistema que prevalece en Austria como por ejemplo actos que muestran contactos con más de un sistema jurídico, así también como lo preceptúa el Nuevo Código Di Navigazione Italiano en su artículo 9.

Y en el caso de algunos países que carecen de un derecho interno uniforme, autoriza la elección incondicional de cualquiera de sus sistemas jurídicos locales, como Suiza, (209)

(206) Ibidem, pp. 65-67.

(207) Ibidem, pp. 64, cita 64.

(208) Ibidem, pp. 67.

(209) Ibidem, pp. 68.

que en su código de procedimientos civiles de Uri de 1929, en su artículo 99 dispone: "El convenio de las partes respecto al derecho aplicable no obliga al Juez al menos que se refiera al derecho suizo". (210)

El tercer grupo de países niegan a las partes la facultad de escoger el derecho para regular el contrato internacional entre estos países se encuentra la Unión Soviética y los demás países socialistas, así como un número considerable de países Hispano-Americanos. (211)

Mediante un convenio sobre la ley aplicable, las partes determinan expresamente el sistema jurídico que pretenden regulen el acto jurídico básico. Algunos estados reconocen que tal intención expresa es un contacto, la identificación del derecho que se aplicará al contrato internacional será el derecho voluntario, reemplazando completamente al derecho de otro modo aplicable.

Pero no siempre el contacto del convenio relacionante en su aplicación al acto jurídico básico será total, ya que algunos estados admiten la presencia del derecho de otro modo aplicable, en algunos aspectos; como se desarrollará más adelante.

Dentro de los países que admiten la validez del convenio de las partes para determinar la ley aplicable, encontramos en sus normas de derecho internacional privado que se orientan a regular las obligaciones convencionales (Derecho Regulador o Derecho de otro modo aplicable), como disposiciones supletorias. En el sentido de que el efecto de estas normas de conflicto pueden ser eliminadas por un convenio de las partes que escojan un sistema jurídico diferente para regular el acto jurídico básico. En efecto, la regla de derecho internacional privado determina el derecho normalmente competente, siempre que no exista "una intención diferente de las partes" respecto al derecho aplicable, que tomaría un lugar preferente sobre la norma

(210) Ibidem, pp. 69, cita 74.

(211) Ibidem, pp. 69.

supletoria de derecho internacional privado.

Por el contrario en diferentes estados, sus normas de conflicto se consideran rígidas y niegan efecto a los convenios relacionantes. Es decir, tales normas están exceptuadas por disposición de la ley de cualquier modificación por voluntad de las partes de una forma expresa o tácita.

En los estados, que sus normas de conflicto sean imperativas o supletorias de la autonomía de la voluntad, es menester hacer una observación especial, que la "naturaleza imperativa o supletoria de las normas de derecho internacional privado no está en forma alguna determinada por la naturaleza imperativa o supletoria de la correspondiente regla sustantiva del mismo sistema jurídico, y aún menos por la naturaleza del derecho sustantivo al cual tal norma de derecho internacional privado se refiere como aplicable". (212)

Una vez reconocida por las normas de conflicto de un Estado, la validez del convenio relacionante con un sistema jurídico determinado, habrá que delimitar el alcance de conexión al acto jurídico básico con dicho orden jurídico, o sea, el proceso de su aplicación.

En primer lugar, para delimitar el derecho aplicable en un contrato extranacional por medio de un contacto relacionante pleno, debe éste designar un cuerpo de normas que sean jurídicas, conforme al derecho constitucional del país así designado.

Surge la siguiente pregunta: ¿Pueden las partes convenir en más de un sistema jurídico para regular el acto jurídico básico?.

Las partes pueden escoger el derecho aplicable a un solo aspecto del contrato, dejando el resto para ser regulado por la ley normalmente competente. Conforme a la disposición contenida en el "proyecto Bene Lux" que describe a la *lex voluntatis* como "el derecho de al-

(212) *Ibidem*, pp. 71 y 72.

gún otro país escogido para regular el acto jurídico básico en todo o en partes" (Art. 17).

(213)

En igual sentido diversas resoluciones judiciales, como el Tribunal de casación francés en fecha 15 de mayo de 1935 y del Reichsgericht alemán del 14 de noviembre de 1929, que determinaron "las partes pueden querer la aplicabilidad de un derecho determinado con respecto a una u otra cuestión involucrada, o para todos los efectos de un acto jurídico" y, a su vez, en la sentencia de British South Africa Co. vs. De Beers Consolidated Mines de 1910, que resolvió que "además, diferentes leyes pueden aplicarse a diferentes partes de un contrato si las partes así lo determinaron". (214)

Una vez identificada la Lex Voluntatis, comienza el proceso de su aplicación. Cuando el derecho voluntario es el derecho sustantivo del tribunal, por regla general no hay que esperar dificultades. Sin embargo, en los casos en que la Lex Voluntatis es derecho extranjero, el proceso de su aplicación diferirá considerablemente de las reglas de rutina que regulan la aplicación de éste.

La Lex Voluntatis extranjera, tiene que ser probada conforme al derecho del Tribunal, además, tal ley debe ser conforme con lo que se denomina el orden público del Tribunal antes de ser aplicada.

En un contrato internacional que contenga un contacto relacionante, y las normas de derecho internacional privado del tribunal le reconozcan validez para regular el acto jurídico básico, por el derecho escogido por las partes, este derecho voluntario será aplicado como "un cuerpo de reglas jurídicas y se respetarán sus grados de eficacia, conforme a sus propios

(213) Ibidem, pp. 73.

(214) Ibidem, pp. 74, cita 83.

principios (215). Esto significa que se darán a las normas imperativas una aplicación estricta, en tanto que a las normas supletorias serán tratadas como simples disposiciones complementarias". Todo ello, de conformidad con las reglas contenidas en la misma *Lex Voluntatis*, y ésta abarcará la misma extensión que cualquier otro derecho si se declara aplicable, reemplazándolo completamente y no quedando de éste huellas que puedan notarse.

Sin embargo, aunque algunos estados reconocen la validez del convenio relacionante como un contacto efectivo, pero en la aplicación del derecho voluntario en la regulación del contrato no siempre será un sustituto completo del derecho de otro modo aplicable. Surgiendo así una serie de restricciones en la aplicación de la *Lex Voluntatis* por la presencia de la ley normalmente competente (o derecho de otro modo aplicable). (216)

La primera cuestión a dilucidar es la siguiente: ¿qué elementos del acto jurídico básico serán regulados por la *Lex Voluntatis*?

En principio, el derecho voluntario cubrirá la misma área del contrato que cubriría un derecho aplicable por la actuación de algún otro contacto.

Cuando las normas de derecho internacional privado de un tribunal excluyen del área de la *Lex Causae* ("digamos del derecho propio del contrato"), la capacidad de las partes, y deja este elemento para ser regulado por una regla especial de derecho internacional privado (por ejemplo del derecho del lugar de la celebración), entonces tal extensión de la *Lex Cause* será también seguida con respecto a la *Lex Voluntatis*.

El reciente proyecto de convención de la Haya sobre ventas internacionales, que excluye de su campo de acción las cuestiones relativas a capacidad de las partes, forma de contrato, transmisión de la propiedad y efectos del contrato, respecto a terceros (Art. 5); cuestio-

(215) Ibidem, pp. 76.

(216) Ibidem, pp. 79.

nes que han de decidirse conforme a las normas de derecho internacional privado de cada país en virtud de la extensión normal de la *Lex Causae*. (217)

El derecho escogido por las partes regulará el contrato en la misma extensión en lo que regularía cualquier otro derecho si se declarara aplicable. Esto significa que la *Lex Voluntatis* cubrirá las cuestiones relativas a la existencia misma del acto jurídico básico, así como también la relativa a sus efectos; conservando así el acto jurídico básico su unidad.

Sin embargo, algunos estados no dudan en aplicar contactos diferentes a fases diferentes de una relación contractual, y en consecuencia diferentes sistemas jurídicos; (por ejemplo, el derecho del lugar del perfeccionamiento a cuestiones de validez y el derecho del lugar del cumplimiento a problemas que implican cumplimiento o incumplimiento del contrato. (218)

"Otros estados limitan el área de aplicabilidad del derecho voluntario a sólo una parte de la extensión de otro modo cubierta por la *Lex Causae*. En los casos en que la *Lex Voluntatis* se aplica, esos estados dividen el status de derecho internacional privado del acto jurídico básico en dos partes. Una se refiere a su validez y la otra a sus efectos, con respecto al primer componente; los sostenedores de la doctrina de la separación rehusan reconocer cualquier efecto a la *Lex Voluntatis*. Por consiguiente, se niegan a examinar la validez de un acto que pretende ser regulado por la *Lex Voluntatis* en contra de ese derecho. En vez de ello, consideran vigente el derecho de otro modo aplicable (por ejemplo, la *Lex Loci Contractus*) a pesar de la intención contraria de las partes. Como consecuencia, el ámbito de la *Lex Voluntatis* en tales estados está restringido a los problemas relativos a los efectos del acto jurídico básico; un típico representante de esta doctrina era el Tribunal Federal Suizo.

(217) *Ibidem*, pp. 77.

(218) *Ibidem*, p. 73.

En el juicio *Chevalley vs. Genimportex* de sentencia de 1952 el Tribunal Federal Suizo abandonó la doctrina de dividir el Status de Derecho Internacional Privado de un contrato y aceptó la doctrina de la unidad basada en la *Lex Voluntatis*. (219)

Puede decirse sin temor que la doctrina de la división del Status del acto jurídico básico sigue siendo una excepción.

Segundo tipo de limitación.- Considera que las normas sustantivas consideradas en el derecho escogido por las partes son de carácter supletivo. Doctrina que se conoce con el nombre de "control de la ley normalmente competente sobre el derecho voluntario".

La forma más común usada para limitar a la autonomía de las partes en la elección de la ley para regular las obligaciones de un contrato internacional, es manteniendo el prestigio del derecho de otro modo aplicable en relación con la *Lex Voluntatis*. Ya que aplica a ésta, sometida "a cualquier otro sistema jurídico que habrá de controlarla como derecho de otro modo aplicable, sin importar si éste es el derecho del tribunal u otro derecho extranjero".

"En la práctica, esto significa que se dará efecto a la *Lex Voluntatis* sólo en cuanto es compatible con las disposiciones imperativas contenidas en el derecho de otro modo aplicable". (220)

En una decisión del Cour de Casation francés, de fecha 15 de mayo de 1935 y de otra en igual sentido de un tribunal belga del 2 de febrero de 1936, resoluciones que dicen que todas las normas contenidas en la *Lex Voluntatis* son supletorias y razonan en el sentido de que la *Lex Voluntatis* fue hecha aplicable por virtud de un contrato y que a las normas legales impuestas en esta forma no deben dárseles mayor efecto que a las simples estipulaciones contractuales. (221)

(219) *Ibidem*, pp. 78, cita 90.

(220) *Ibidem*, pp. 78-80.

(221) *Ibidem*, pp. 76, cita 91.

Esta doctrina de la supremacía del derecho de otro modo aplicable como un control que cubre permanentemente el derecho voluntario, lo encontramos en el proyecto Eslavo unificado de derecho internacional privado que en su artículo 63 que preceptúa "las partes contratantes, pueden someter su relación jurídica a un sistema legal inaplicable. En tales casos, debe darse efecto a las normas imperativas contenidas en el derecho aplicable según este código. (222)

Esta doctrina también fue formulada por el proyecto Austriaco de 1913 y más tarde incluida en el proyecto Checoslovaco de código civil de 1924 que permite a las partes someter un acto a un sistema jurídico "en cuanto a dicha sumisión no contravenga las disposiciones imperativas a las cuales dicha relación está generalmente sujeta por virtud de las demás disposiciones contenidas en este capítulo (Art. 17), (es decir, a sus reglas de derecho internacional privado). La legislación Checoslovaca de 1948 acepta esta doctrina combinada con la regla de la conexión razonable. Y, por último, esta doctrina está también incluida en el artículo 5 del protocolo adicional al tratado sobre derecho civil internacional de 1940 y seguida en el proyecto Benelux de 1951 que dispone que, "tal intención (en un convenio relacionante) no tendrá el efecto de substraer el contrato a cualesquier norma imperativa del sistema jurídico con el cual está tan estrechamente relacionada según antes indica (Art. 17)". (223)

En contra de esta doctrina - citados por Bayitch - Reichsgericht alemán, 19 de diciembre de 1933 y Eckstein, "resumiendo decisiones alemanas en el sentido de que rigen las normas imperativas del derecho de otro modo aplicable. (224)

Tercera limitación a la Lex Voluntatis por el derecho de otro modo aplicable cuando éste es el derecho sustantivo del tribunal.

(222) Ibidem, pp. 80, cita 94.

(223) Ibidem, pp. 81.

(224) Ibidem, pp. 81, cita 96.

Este tipo de control sobre la Lex Voluntatis lo encontramos en el Código Civil Rumano de 1940, en el cual el control del derecho de otro modo aplicable, sobre la Lex Voluntatis está contenida en su artículo 42 que dice: "Dentro de los límites del derecho interno aplicable conforme a los artículos 39, 40 y 41 de este código, los efectos de los contratos serán regulados por el derecho escogido por las partes y según se declara en los artículos 39, 40 y 41, "siempre que el derecho así designado sea el derecho interno de Rumania".

Similar disposición está contenida en la convención de Varsovia sobre transporte aéreo internacional de 1929, que en su artículo 32 nos dice: "Cualquier convenio por el que las partes pretendan infringir las reglas establecidas por esta convención... mediante la decisión del derecho a aplicarse... serán nulas.

Cuarta limitación a la Lex Voluntatis por un especial sistema jurídico diferente del derecho de otro modo aplicable.

Este tipo de restricción a la aplicación del derecho escogido por las partes, lo encontramos en los estados que introducen un especial sistema jurídico con pleno dominio sobre la Lex Voluntatis y, por supuesto, abandona el derecho de otro modo aplicable como un medio para disciplinar la elección de la Lex Voluntatis.

Un ejemplo de este sistema es la ley Polaca sobre Derecho Internacional Privado de 1926; esta ley, determina categóricamente en su artículo 7 los sistemas jurídicos a los que las partes pueden referirse en su convenio relacionante válido, en tanto que el derecho de otro modo aplicable es indicado en su artículo siguiente.

Esta ley, sin embargo, no controla la aplicación de la Lex Voluntatis. En su lugar "las partes están sujetas... a especiales prohibiciones legales que declaran nulos los actos jurídicos contrarios a ellas, en vigor en el domicilio del deudor, y en el lugar en que las obligaciones van a cumplirse. (Art. 10). (225)

(225) Ibidem, pp. 82.

Todos estos tipos de controles que en las legislaciones de los estados encontramos restringen la elección del derecho por las partes en virtud de una predilección a favor del derecho del otro modo aplicable o derecho predeterminado por sus normas de conflicto, en razón de una predilección indirectamente de contactos de naturaleza territorial.

Como ha quedado apuntado en este capítulo, existen estados que en sus normas de conflicto otorgan al convenio relacionante un contacto pleno al derecho escogido por las partes para regular al contrato internacional y así el "reciente proyecto de convención sobre ventas internacionales" (La Haya, 1951), después de casi un cuarto de siglo de eruditos estudios haya eliminado cualquier vestigio de tales sutilezas doctrinales y que en su lugar adoptó la sencilla y razonable regla de que tales contratos están regulados por el derecho elegido por las partes contratantes". (226)

3. Henri Batiffol.

En algunos países donde las reglas de conflicto no resolvían el problema, la jurisprudencia consagra la autonomía de la voluntad, como en la sentencia de la Cour de Cassation Francés, de diciembre 10 de 1910. Donde Batiffol encuentra el momento de triunfo de la autonomía de la voluntad, y que le sirve de base a su teoría. (227) Dicha resolución sostuvo "La Ley aplicable a un contrato es determinada por el Juez, pero en razón de la voluntad de las partes en cuanto a la localización del contrato". (228) La ley aplicable a los contratos ya en lo concerniente a su formación, ya en cuanto a sus efectos y condiciones, es la que las partes han adoptado". (229)

Batiffol da a la teoría autonómica una base diferente reduciéndola a sus límites "jurídicos, no será ya la ilimitada facultad de las partes la que determina el derecho regulador,

(226) Ibidem, pp. 83 y 84.

(227) Miaja de la Muela, Op. Cit. pp. 213.

(228) Boone Menchaca, Op. Cit., pp. 137.

(229) Miaja de la Muela, Op. Cit., pp. 213.

sino que la ley aplicable será encontrada tomando en cuenta los indicios manifestados por la voluntad de las partes del contrato; en otros términos, nos dice el profesor de París: "Las partes no eligen normalmente la ley aplicable, localizan su contrato y el juez deduce de ello la ley aplicable".

Así la intención de las partes está en localizar su contrato en determinado país en cuyo supuesto no ha de ser difícil para el juez la investigación de esta voluntad tácita. (230)

"Un contrato - nos dice Battifol - no se localiza como una cosa por una regla simple y general, porque es una abstracción que no ocupa lugar en el espacio y que lo mismo se manifiesta en el lugar de conclusión que en el de ejecución, "es un acuerdo de voluntades del que derivan ciertos efectos. Como este acuerdo y estos efectos se manifiestan por una serie de actos diversamente localizados, es necesario determinar si se quiere evitar al fraccionamiento entre diversas leyes cuya aplicación simultánea puede conducir a resultados incoherentes, cuál de estos diferentes actos caracteriza mejor el conjunto de la operación. Esto depende, necesariamente, de la voluntad de las partes, porque es un puro hecho. Se trata de saber cuál de los elementos materialmente localizados de la operación tiene una importancia preponderante en la economía de ésta. La localización objetiva del contrato debe necesariamente fundarse en la intención de las partes en cuanto a la organización de su acuerdo" (231)

El Tribunal será el que determine la ley y para encontrarla deberá basarse en la voluntad tácita de las partes, es decir, se guiará por lo expresado y manifestado por las partes, atendiendo a los elementos que forman el contrato y a las cláusulas de la ejecución; así nos lo

(230) Ibidem, pp. 217.

(231) Ibidem, pp. 216 y 217.

sino que la ley aplicable será encontrada tomando en cuenta los indicios manifestados por la voluntad de las partes del contrato; en otros términos, nos dice el profesor de París: "Las partes no eligen normalmente la ley aplicable, localizan su contrato y el juez deduce de ello la ley aplicable".

Así la intención de las partes está en localizar su contrato en determinado país en cuyo supuesto no ha de ser difícil para el juez la investigación de esta voluntad tácita. (230)

"Un contrato - nos dice Battifol - no se localiza como una cosa por una regla simple y general, porque es una abstracción que no ocupa lugar en el espacio y que lo mismo se manifiesta en el lugar de conclusión que en el de ejecución, "es un acuerdo de voluntades del que derivan ciertos efectos. Como este acuerdo y estos efectos se manifiestan por una serie de actos diversamente localizados, es necesario determinar si se quiere evitar al fraccionamiento entre diversas leyes cuya aplicación simultánea puede conducir a resultados incoherentes, cuál de estos diferentes actos caracteriza mejor el conjunto de la operación. Esto depende, necesariamente, de la voluntad de las partes, porque es un puro hecho. Se trata de saber cuál de los elementos materialmente localizados de la operación tiene una importancia preponderante en la economía de ésta. La localización objetiva del contrato debe necesariamente fundarse en la intención de las partes en cuanto a la organización de su acuerdo" (231)

El Tribunal será el que determine la ley y para encontrarla deberá basarse en la voluntad tácita de las partes, es decir, se guiará por lo expresado y manifestado por las partes, atendiendo a los elementos que forman el contrato y a las cláusulas de la ejecución; así nos lo

(230) Ibidem, pp. 217.

(231) Ibidem, pp. 216 y 217.

dice Battifol que la ley de la autonomía será encontrada tomando en cuenta los índices de la voluntad de las partes.

Lo que determina la ley competente son las partes; que a través de la autonomía de la voluntad crean el contrato en sus diversos elementos como los de formación y las cláusulas de ejecución.

Este autor demarca el camino a seguir el juez para encontrar esta voluntad tácita de las partes a través de los llamados "indicios", que son circunstancias particulares que se encuentran en cada contrato". (232)

Estos indicios, unos son comunes a todos los contratos, como son su lugar de formación y el de su ejecución y, otros, que Battifol les denomina particulares, dividiéndolos en intrínsecos y extrínsecos.

Los indicios intrínsecos son: nacionalidad o domicilio de las partes, situación de la cosa, moneda fijada para el pago, accesoriedad respecto a otro contrato, (233) las cláusulas compromisorias o atributivas de jurisdicción. (234)

Los indicios extrínsecos son: ley más favorable a la validez del contrato, actitud de las partes posterior al mismo, mención de una determinada ley o costumbre en el convenio. (235) La cláusula en la que se contenga la mención de una ley o una costumbre es: "El último índice extrínseco del contrato para la designación expresa por las partes de la ley a la que ellos creen sometida la economía de su operación. Bajo las reservas excepcionales que se conocen, esta cláusula constituye el índice decisivo para el juez, y todo lo que precede muestra cómo ella no es más que una forma particular y privilegiada de la localización

(232) Boone Menchaca, Op. Cit., pp. 138.

(233) Miaja de la Muela, Op. Cit., pp. 217.

(234) Boone Menchaca, Op. Cit., pp. 139.

(235) Miaja de la Muela, Op. Cit., pp. 217.

de la operación por las partes". (236)

Entre estas presunciones de localización del contrato el profesor de París establece una jerarquía, los indicios extrínsecos deben prevalecer sobre los intrínsecos; entre estos últimos, tiene valor decisivo alguno tal como la cláusula arbitral o de sumisión a los tribunales de un país. A falta de estos indicios, se inclina Batiffol por el lugar de ejecución del contrato y si éste no se deduce claramente por el de celebración. Claro es que este sistema de presunciones no puede dispensar de un análisis de cada uno de los tipos contractuales, dentro del cual los indicios señalados se combinan de una manera determinada que imponga como normalmente competente a cierta ley con preferencia a las demás. (237)

(236) Boone Menchaca, Op. Cit. pp. 139.

(237) Miaja de la Muela, Op. Cit., pp. 218.

CAPITULO SEGUNDO

UNIDAD Y DESMEMBRAMIENTO DEL REGIMEN DEL CONTRATO INTERNACIONAL

UNIDAD Y DESMEMBRAMIENTO DEL REGIMEN DEL CONTRATO INTERNACIONAL

Existen teorías que declaran competentes para regir el contrato a dos o más leyes, otras sostienen que el acto jurídico básico debe ser regulado en todos sus aspectos por sólo una legislación.

El primer sistema, del desmembramiento del contrato, en que el contrato se fracciona se encuentra en algunos casos el derecho de otro modo aplicable para regular algunos elementos del contrato y otros serán regulados conforme al derecho voluntario; otra hipótesis será cuando algunos elementos del acto jurídico básico son regidos por determinado derecho regulador y otros elementos por otro derecho diferente.

Nolde denominó a esta situación *depeçage* del contrato, Quintín Alfonsín desmembramiento y Niboyet *morcellement*. Para el jurista uruguayo, caben dos tipos de desmembramiento del contrato: "vertical" u "horizontal". El primero, lo encontramos cuando cada una de las partes en un contrato bilateral está sometida a diferente ley (v.g. comprador - vendedor) ya que cuando el contrato por ser unilateral impone una obligación a una sola de las partes, si es el sistema de la *Lex Loci Solutiones* será ésta la ley que regulará por completo al contrato pero cuando al contrato, por ser bilateral o sinalagmático impone a las dos partes obligaciones recíprocas y que deban ser cumplidas en estados diferentes, habrá que desmembrar el contrato en dos mitades para aplicarle a cada una la ley correspondiente. (238)

(238) Alfonsín, Quintín, Op. Cit., pp. 33.

Al respecto, Savigny nos dice: que no obstante que esta división en dos partes del contrato sinalagmático podía suscitar dudas y traer complicaciones, afirma que su doctrina no deja por eso de ser verdadera: "En el contrato sinalagmático, siendo distintas las deudas, pueden ser tratadas por separado; y una vez hecha la división nada impide establecer para cada una de ellas su derecho local". El profesor uruguayo rechaza este tipo de fraccionamiento y nos dice: "Las obligaciones que ligan a los contratantes son correlativas, y desaparecería esa correlación si sus estipulaciones quedasen subordinadas a distintas leyes" poniendo como ejemplo el contrato de permuta de bienes que se encuentran situados en distintos países ¿cómo puede suponerse que en materia de evicción quedasen los bienes permutados sometidos cada uno a distinta legislación? a lo que responde: "Las obligaciones de una parte son, desde el punto de vista contractual, el contrapeso de las obligaciones de la otra, por lo tanto, no pueden ser pesadas en balanzas diferentes". (239)

Otro argumento que se da en contra de este tipo de desmembramiento es que la fuente consensual que les dió origen debe ser regulada por una sola legislación o no se lograría la coincidencia de ambas voluntades al respecto, nos dice Bagge: "Si cada parte regula su obligación por una ley propia, cuando haya diferencia entre ambas leyes, no puede haber contrato. En efecto, si a se obliga con la ley de A, entiende que la contraprestación de b, se regula también por la ley de A; por su parte, b, obligándose conforme con la ley de B, entiende que la contra-prestación de su deuda se regula por la ley de B. Pues bien, si las leyes A y B son diferentes, no habrá habido contrato por faltar el acuerdo por ambas voluntades.

Si se aceptase este tipo de desmembramiento habría que enfrentarse con situaciones insolubles que según una legislación el contrato fuese válido y la otra que también regularía

(239) Ibidem, pp. 35.

el contrato no lo considerase como válido a lo que concluimos con el profesor uruguayo que con el contrato internacional es una unidad jurídica y como tal debe ser regido por un solo orden jurídico. (240)

El segundo tipo de fraccionamiento que nos da la doctrina es el horizontal; que es cuando se distinguen en el contrato internacional varios planos de elementos (capacidad, forma, validez del consentimiento, licitud del objeto, efectos...). (241)

Esta forma de desmembramiento ofrece innumerables combinaciones de leyes que pueden regir los diversos elementos de un contrato por diferentes legislaciones. El contrato, en efecto, puede ser analizado bajo este sistema hasta el extremo de convertirse en una multitud de elementos diferentes.

El fraccionamiento más común que se le hace a un contrato para ser regulado por diferentes legislaciones, es el que separa a la capacidad de las partes; la forma y el fondo del contrato que serán regulados cada uno de estos elementos por distintas leyes.

Miaja de la Muela nos dice al respecto que un negocio jurídico cuyos elementos personales y reales no se hallan conectados con el mismo país de su celebración no se encuentra, por regla general, sometido a una sola ley. La personal de los otorgantes, sea ésta la nacional o la domiciliar, ha de ser tenida en cuenta para la apreciación de su capacidad, y la de la situación de los bienes sobre los que el negocio recae regirá en lo que afecte a estos bienes, sobre todo a los que tengan la consideración legal de inmuebles. Dentro del negocio mismo es preciso distinguir sus requisitos de fondo, de los que afectan a la forma (242) que se somete a la regla *Locus Regit Actum*: la ley del país del otorgamiento rige la forma de éste, desde luego no se trata de una norma de derecho internacional privado general pero sí constituye una costumbre bastante generalizada. (243)

(240) *Ibidem*, Pp. 36.

(241) Miaja de la Muela, *Op. Cit.*, pp. 238.

(242) *Ibidem*, pp. 200.

(243) *Ibidem*, pp. 203.

Alberto Lazcano, jurista argentino, sostiene que la autonomía de la voluntad no comprende determinados elementos de las relaciones jurídicas. ⁽²⁴⁴⁾ La capacidad no está sometida a la elección que se haga de una ley pues se rige por una ley personal y en el código civil argentino por la del domicilio, la forma se somete en principio a la regla *locus regit actum*, valla frecuente a la ley extranjera que no puede derogarse cuando tiene carácter internacional. ⁽²⁴⁵⁾

El mencionado autor nos dice que al tratar sobre la validez o nulidad de las obligaciones, no se incluye ni a la capacidad o incapacidad de las partes ni la forma. Lo que se indaga es la ley que rige la validez o nulidad del objeto, de lo que constituye el vínculo en sí por razón del contenido. ⁽²⁴⁶⁾

Por lo tanto, en materia contractual la autonomía sólo se ejerce en cuanto a la determinación de los derechos, a su contenido mismo, las partes pueden determinar esa ley y establecer el régimen dictado por ella. ⁽²⁴⁷⁾

Niboyet considera que en las materias excluidas de la libertad de las estipulaciones está la capacidad "ya que ésta está sometida a la ley nacional o a la ley de domicilio según el sistema adoptado, poco importa que las partes hayan tenido intención a someterse a una ley con preferencia de otra y la forma, que la considera fuera del derecho de contratación propiamente dicho. ⁽²⁴⁸⁾

Para el maestro de la Universidad de Montevideo ni la capacidad de las partes ni la

(244) Lazcano, Carlos Alberto, Derecho Internacional Privado, Argentina, Ed. Platense 1965, pp. 420.

(245) Ibidem, pp. 421.

(246) Ibidem, pp. 416.

(247) Ibidem, pp. 420.

(248) Niboyet, J.P., Op. Cit., pp. 658 y 659.

forma del acto deben regularse por ninguna ley diferente a la ley del contrato y se basa el citado autor que en realidad existe una confusión en los autores al querer regular por sendas leyes la capacidad, por la ley personal de cada contratante, la forma del acto que debe sujetarse a lo prescripto por la ley del lugar donde se contrata (*Locus Regit Actum*) y el fondo de contrato.

Este error de múltiples autores consiste en que "con respecto a la capacidad, confunde el requisito de la capacidad con la determinación de la capacidad de cada contratante. El requisito "capacidad de las partes" es elemento del contrato, y, como tal, es impuesto por la ley del contrato; en cambio, la efectiva capacidad de cada contratante no es elemento del contrato, y su determinación queda librada a la ley personal de cada contratante.

Por ejemplo, si dos personas que pertenecen a la sociedad argentina conciertan un contrato que debe regirse por la ley uruguaya, es la ley uruguaya como ley del contrato quien exige que las partes sean capaces (Código Civil uruguayo, Art. 1261, inc. 2), en tanto que es la ley argentina quien determina si dichas personas poseen o no esa condición exigida por la ley uruguaya. Basta con dar vuelta a la cuestión para demostrarlo: no es la ley argentina ley personal de los contratantes, quien resuelve si el contrato requiere o no que las partes sean capaces, ni es la ley uruguaya, ley del contrato, quien resuelve si los contratantes son capaces o no". (249)

"Con respecto a la forma del acto, también se confunde el requisito formal (sea *ad solemnitatem* o *ad probationem*) con la perfección del instrumento formalmente requerido.

La forma es elemento del contrato y como tal, es impuesta por la ley del contrato; en cambio, las condiciones que perfeccionan el instrumento no son elemento del contrato y su determinación queda librada a la ley del lugar donde se labra el instrumento.

(249) Alfonsín, Quintán, Op. Cit., pp. 37.

Por ejemplo, dos personas celebran en la Argentina la compra-venta de un inmueble situado en el Uruguay; la ley uruguaya (suponiéndola ley del contrato) exige como forma ad solemnitatem, la escritura pública (Código Civil uruguayo, artículo 1664); pero como es otorgada en la Argentina, la Escritura deberá ajustarse a los requisitos notariales impuestos por la ley del lugar donde se otorga. No es la legislación argentina quien resuelve si la compra-venta del caso requiere o no escritura pública, ni es la ley uruguaya quien resuelve si el escribano argentino debe, por ejemplo, signar o no la Escritura.

Disipadas estas confusiones, el contrato recobra la unidad de su régimen". (250)

Existiendo otra distinción en la cual diversos autores dividen el contenido o fondo del acto jurídico básico por diversas leyes, o sea, que proponen desmembramientos al fondo del contrato.

La más frecuente divide al contrato entre la Lex Loci Contractus y la Lex Loci Solutiones mediante un régimen Dicotónico, la unidad del contrato es dividida en dos tandas de cuestiones, una referentes a la formación del contrato y otras referentes a su ejecución. Los primeros son regulados por la Lex Loci Contractus y los segundos por la Lex Loci Solutionis.

La distinción entre el vinculum Juris regido por la Lex Loci Contractus, y el Onus Conventionis, regido por la Lex Loci Solutiones está hecha por Mevio, Pablo Voet, Zachariae, Rocco, Asser, Fiore, Foelix, etc., etc., (251)

Asser nos dice: "Hay que distinguir entre los elementos que se refieren al vínculo jurídico, a la validez intrínseca a la materia, a la extensión de la obligación por una parte, y lo que concierne a la ejecución por la otra. La Ley del lugar del contrato determinará

(250) Ibidem, pp. 37-38.

(251) Ibidem, pp. 38.

el vínculo jurídico y la del lugar de la ejecución a lo que ésta se refiere; (252) el citado autor nos da un ejemplo respecto de la ley del contrato "Aún cuando la convención celebrada en el reino debiera producir efecto en un territorio extranjero, y existiesen algunas diferencias respecto a las condiciones de las cuales depende la validez intrínseca y substancial de los contratos, siempre es nuestra ley la que debe decidir. Si se celebra en el reino un contrato de compraventa de mercancías que se hallen en Suiza, y hay diversidad entre ambos Estados respecto a la causa de la obligación y a los motivos que pueden viciar el consentimiento, respecto a la prueba y a la demostración fehaciente de una voluntad libremente manifestada, el contrato, válido según nuestras leyes, tendrá fuerza en Suiza y el vendedor estará obligado a consignar aquí las mercancías, aunque el contrato no hubiese producido efectos caso de haberse celebrado en Suiza". (253)

El mencionado autor, citando a Foelix, dice respecto a la ley del lugar de la ejecución: "Cuando según la naturaleza del acto, o según la ley del lugar del contrato o, en fin según la determinación de las partes, el acto deba ejecutarse en un lugar distinto a aquél en que se perfeccionó, en todo cuanto concierne al cumplimiento de las obligaciones adquiridas por virtud del contrato y la ejecución de éste, en otros términos, todo lo que debe hacerse después de celebrado aquél, se rige por la ley del lugar en que se ejecuta. Así, esta ley determinará las formalidades de la entrega y del pago, la medida de las tierras o de los objetos muebles enajenados, la moneda en que el pago debe efectuarse, la obligación de dar finiquito, la morosidad y la obligación que implica de indemnizar daños y perjuicios". (254)

(252) Asser, T.M.C., *Derecho Internacional Privado*, Obra completada. Alfonso Rivier. Tr. y Prol. Joaquín Fernández Prada, Madrid, La España Moderna, pp. 96.

(253) *Ibidem*, citando a Rocco que cita a Fiore, pp. 96, cita 1.

(254) *Ibidem*, pp. 96.

Fiore, por su parte, se interna en una larga enumeración de circunstancias eventuales, juzgando si cada una de ellas debe ajustarse a ésta o aquella ley.

Análoga indecisión ofrece la otra fórmula que distingue entre la validez del contrato y sus efectos y que fue recogida por el Restatement de los EE.UU. (255)

Alberto Lazcano nos indica que las partes no pueden someter un mismo contrato a varias leyes en cuanto a sus efectos y condiciones, porque de lo contrario sería confuso la aplicación del derecho, lo que conspira contra la seguridad que busca el derecho internacional privado. (256)

Por su parte, Alfonsín Quintín critica la división del contrato entre la Lex Loci Contractus y la Lex Loci Solutionis, hecho por los anteriores autores, en que no se señala el ámbito preciso de una ley y otra, de tal manera que al aplicar al contrato el mismo par de leyes, a menudo concluyen en aplicar leyes diferentes a un mismo punto particular. Ya que extendiendo paulatinamente el ámbito de la aplicación de la Lex Loci Solutionis, puede abarcar incluso la licitud del objeto, la causa, la lesión... , que son elementos que muchos autores regulan por la Lex Loci Contractus; pero, extendiendo a su turno el ámbito de esta última ley, la aplicación de la Lex Loci Solutionis puede quedar muy reducida a muy poco: a la forma de realizar los actos de ejecución. (257)

Al analizar el restatement de los EE.UU. nos encontramos con su artículo 332 que dice: La ley del lugar de la celebración determina la validez y los efectos (en realidad los efectos dependen de la ley de ejecución, ver artículo 358) del contrato en lo que concierne:

(255) Alfonsín, Quintín, Op. Cit. pp. 39.

(256) Lazcano, Carlos A. Op. Cit., pp. 418.

(257) Alfonsín, Quintín, Op. Cit., pp. 38.

- a) a la capacidad contractual de las partes;
- b) a la forma en que debe celebrarse el compromiso si el caso se presenta;
- c) al consentimiento y, si hubiera lugar, a la consideración (o equilibrio) de que depende legalmente el carácter obligatorio del compromiso;
- d) a cualquier otra condición necesaria para dar fuerza obligatoria al compromiso;
- e) al dolo, al carácter ilícito de la prestación y a cualquier otra circunstancia que tornaría nulo o anulable el compromiso;
- f) a la naturaleza y a la extensión de la obligación que queda a cargo de cada contratante, salvo lo que establece el Art. 358;
- g) al momento y al lugar en que el compromiso, conforme con sus términos, debe ejecutarse;
- h) al carácter puro y simple o condicional de la obligación.

Art. 358. La ejecución a que está obligada la parte contratante será perfecta cuando sea conforme con las disposiciones de la ley del lugar donde debe llevarse a cabo. Así es en lo que concierne:

- a) a la forma de ejecución;
- b) al momento y lugar de la ejecución;
- c) a las personas que deben ejecutar y a favor de las cuales se debe ejecutar;
- d) al carácter satisfactorio de la prestación;
- e) a los casos de inejecución justificada.

Art. 360, Inc. 1. Si la ley vigente en el lugar de la ejecución dispone que la ejecución es ilícita, el deudor no está obligado a cumplir la prestación prometida.

Por su parte, los Arts. 361, 362, 363, 364, 370 y 372 disponen que la ley del lugar de la ejecución determina: la forma de ejecución; el momento en que debe ser cumplida; la

moratoria; la moneda cancelatoria; si ha sido violado el contrato; si hay lugar para demandar por daños y perjuicios por causa de violación.

La crítica de este sistema es que de la demarcación en la aplicación de las dos leyes, a los elementos del contrato, a pesar de que el límite de aplicación de cada una de ellas no está muy claro y puede ocasionar la superposición de ambas leyes creándose conflictos internos irresolubles. Y que, en última instancia, tal demarcación - aunque difícil sería - inútil porque no impediría la superposición mencionada. ⁽²⁵⁸⁾ Supongamos, en efecto, que fuera enteramente satisfactorio señalar el ámbito de aplicación de cada ley distinguiendo, por un lado, las condiciones de validez del contrato y, por otro, sus efectos. En ese caso, podría ocurrir que, según la *Lex Loci Contractus*, la validez del contrato dependiera de ciertas condiciones de ejecución desconocidas o prohibidas por la *Lex Loci Solutionis*; o que, según la *Lex Loci Solutionis*, la ejecución del contrato dependiera de ciertas condiciones de celebración desconocidas o prohibidas por la *Lex Loci Celebrationis*.

Esta dificultad normativa pasa inadvertida debido a que en la práctica judicial se ventila, las más de las veces, puntos aislados del contrato, cuya resolución requiere que una sola de ambas leyes sea aplicada. Batiffol, por ejemplo, ha anotado que la fórmula que distingue entre la validez y los efectos ha sido manipulada por la Corte Suprema de los EE.UU. "para justificar, unas veces, la aplicación de la ley del lugar de la celebración y, otras veces, la del lugar de la ejecución, según se tratara de una cuestión de validez o de una cuestión de efectos, pero nunca para aplicar efectivamente ambas leyes a la vez". La aplicación conjunta de ambas leyes hubiera revelado en el plano práctico los inconvenientes de la solución adoptada por el Restatement". ⁽²⁵⁹⁾

(258) *Ibidem*, pp. 40.

(259) *Ibidem*, pp. 41.

Al analizar cuando el objeto está prohibido por la ley de la celebración pero lo admite la del lugar de ejecución y en el otro supuesto cuando está permitido por la ley de la celebración y lo prohíbe el país donde se ejecuta, inconvenientes que surgen por la aplicación de ambas leyes.

En el primer caso, las soluciones doctrinarias divergen cuando el objeto está prohibido por la ley de la celebración pero lo permite la del lugar donde el acto deba ser ejecutado.

Savigny admitió la validez de la obligación por el principio interpretativo de la voluntad hace que las leyes sobre convenciones se funden en la orientación de esa voluntad y, suponiendo que las partes quieren hacer algo serio y real cuando contratan el principio de la sumisión voluntaria, tan como dicho autor, es incompatible con consecuencia de que los contratantes celebraran un acto nulo. Pero esta tesis confunde la ley coactiva que limita la voluntad y la interpretativa que la suple. La voluntad presunta conviene a los aspectos interpretativos pero aquí no se trata de una interpretación sino de determinar la ley que indica los límites de su autonomía y prohíbe ejercerla fuera de ellos, la cual en el léxico savigniano sería "rigurosamente obligatoria".

Con todo, la tesis de la ejecución tiene fundamentos que ese autor no expuso, aunque estén vinculados a su sistema, opinan el mismo Savigny, Asser y otros autores que si la ley de la celebración sólo prohíbe el objeto del contrato por razones de orden local y no universal, debe admitirse la validez del vínculo pues ella existe en un lugar donde la prohibición no rige. Ciertas prohibiciones contemplan únicamente problemas locales, como puede ser, por ejemplo, la tasa máxima de interés, que en algunos países es muy superior a otros, porque el monto de la tasa es una cuestión puramente local. Pero si, en cambio, la prohibición está inspirada en un motivo de orden público externo por considerarse inmoral el objeto mismo de la convención y no una de sus modalidades accesorias como sería el interés, la ley extranjera

no se aplicaría en el país de la ejecución y tendría que ser desechada la validez del contrato. Sin embargo, entiende Savigny que aún en ese caso la convención sería válida porque el aplicar únicamente la ley del lugar de la ejecución, tanto cuando se trata de limitación de la autonomía como para interpretar la voluntad de las partes y aún ambas leyes.

En la segunda hipótesis, si el objeto está permitido por la ley de la celebración y lo prohíbe la del país donde se ejecuta, no habrá dentro de esta última ningún medio de hacerlo efectivo. Aunque en el país de la celebración se puede obtener una sentencia favorable a la validez, ésta carecería de efectos extraterritoriales. Pero Savigny se pronuncia a favor de la validez, porque a su juicio si la ley del lugar de la ejecución anula el acto válido en su origen no cabe admitir que las partes hayan querido someterse a un derecho local que está en contradicción con sus intenciones. (260)

Para Quintin Alfonsín, si el objeto es ilícito según la *Lex Loci Contratus*, dicha ley no autorizará la convención, que carecerá, por consiguiente, de fuerza obligatoria en todas partes. En cambio, si el objeto fuera ilícito, según la *Lex Loci Solutionis*, la *Lex Loci Contratus* lo mismo autorizará el contrato reputándolo como válido en todas partes. La *Lex Loci Solutionis* no tendrá competencia para discutir esta validez, pero prohíbe la ejecución del contrato y, juzgándola ilícita, rechazará asimismo cualquier demanda por causa de inejecución. He aquí un contrato válido, pero cuya validez es *sui generis*, dado que carece de efectos como si fuera nulo; todo por obra de la superposición que comentamos.

No es posible, pues, que desde el punto de vista normativo sea dividido lo que jurídicamente es indivisible. *Vinculum* y *onus*, por ejemplo, están íntimamente ligados entre sí, se suponen recíprocamente, no pueden desligarse en absoluto y tienen que caer, en conse-

(260) Lazcano, Carlos A., Op. Cit., pp. 418-420.

cuencia, bajo el imperio de una misma regla". (261)

Con respecto a los efectos se ha propuesto otra distinción que se remota a Guillermo de Cui y a Bartolo de Sassoferrato, entre los efectos directos e inmediatos de los indirectos y remotos del convenio; que cinco siglos después se habla de traducir en la diferenciación de Foelix entre los effets y los suites del contrato, y es admitida por Merlin, Masse, Fiore, etc., etc.

Hay que denotar que entre los citados no existe completa coincidencia acerca de lo que son los efectos y las consecuencias.

Foelix, citado por Asser, nos dice: "De la distinción entre los llamados efectos de la convención de una parte y las consecuencias o consecuencias accidentales de otra "los efectos se derivan de la naturaleza misma del acto o del ejercicio del derecho por él establecido; son los derechos y obligaciones que las partes tuvieron positivamente intención de crear, los derechos y obligaciones inherentes al contrato, es decir, que están contenidos en él explícita o implícitamente o de él resultan por modo mediato o inmediato: no hay lugar entonces a distinguir si tales derechos y obligaciones son o no actualmente exigibles, o si sólo son eventuales y expectativos." (262)

Es decir, "que efectos" son los derechos y obligaciones que derivan necesariamente de la naturaleza misma del contrato, por lo cual son previstos por las partes en el momento de contratar, v.g. (Pago del precio, entrega de la cosa, la acción de la evicción, la resolución de la venta en virtud de un pacto o de la falta de cumplimiento, etc. etc. (263)

Bajo la denominación de consecuencias del contrato para Asser, se comprenden las obligaciones o derechos que el legislador hace nacer con ocasión de la ejecución del acto o

(261) Alfonsín Quintin, Op. Cit., pp. 41-42

(262) Asser, T.M.C., Op. Cit., pp. 101

(263) Alfonsín Quintin, Op. Cit., pp. 42

del derecho; las consecuencias no tienen una causa inherente al contrato mismo; resultan de acontecimientos posteriores al contrato y que sobrevienen con motivo de las circunstancias en que aquél ha colocado a las partes. (264)

Es decir, son los derechos y obligaciones contingentes que derivan de hechos posteriores a la celebración del contrato, sólo sobrevienen accidentalmente por causas anormales tales como el incumplimiento, la mora, por lo cual no fueron previstos por las partes en el momento de contratar. (265)

Estando de acuerdo los autores mencionados, de la Ley que rige los "efectos" y las "consecuencias". Todos afirman que la ley que rige el contrato rige los efectos, (266) unos, por aducir que las partes al elegir una ley para el contrato, en realidad la eligen para los efectos (dado que los "efectos" es la razón de que las partes contraten), otros, por aducir que siendo los efectos consubstanciales con el contrato, no pueden regirse por otra ley.

Las consecuencias serán regidas por la ley del país en que se ha realizado el hecho que les da nacimiento; se rigen por la *Lex Loci Solutionis* puesto que los hechos aludidos ocurren en el lugar donde el contrato debía cumplirse.

La crítica que se le hace a esta división es "que no existe criterio seguro para separar los "efectos" y las "consecuencias" y que, además, es inconveniente separar ambas cosas porque de ese modo se rompe sin motivo de peso la unidad del contrato.

Otros juristas dividen el fondo del contrato no en dos sino en varios segmentos y a cada uno le asignan una ley propia produciendo un increíble desmembramiento del contrato.

(264) Asser, Op. Cit., pp. 101 y 102.

(265) Alfonsín, Quintín, Op. Cit. pp. 42

(266) Asser, Op. Cit., pp. 102

Tal es el caso de Audinet, por ejemplo, que dice: "Hay que proceder por vía de análisis, considerar por separado las diversas reglas obligatorias a que está sometido el contrato en cuanto a su formación y en cuanto a sus efectos" e investigar por separado el régimen que le conviene a la capacidad, al consentimiento y a sus vicios, al objeto, a la causa, a la ejecución. (267)

En conclusión, "La unidad del régimen del contrato lejos de ser una especulación teórica, es una exigencia real, una condición normativa impuesta justamente por la seguridad del *comercium* internacional. La seguridad sólo puede obtenerse plenamente mediante la aplicación de una ley única".

Desde el punto de vista jurídico, el contrato constituye una unidad, de allí que no se le debe desmembrar. (268)

(267) Alfonsin, Op. Cit., pp. 42-43.

(268) Ibidem, pp. 48.

CAPITULO TERCERO

ANALISIS DE LOS DIFERENTES SISTEMAS QUE DETERMINAN QUE ORDEN JURIDICO NACIONAL REGULA AL CONTRATO EXTRANACIONAL

I. SISTEMA DE LA LEY PERSONAL DE LAS PARTES

Esta teoría fue desvirtuada por la escuela Italo-Francesa sobre la base de que la nacionalidad de las personas debía ser el criterio para distinguir los súbditos de los extranjeros; para fines de este trabajo, hemos de prescindir de esta particularidad, equiparando, como leyes personales, la de la nacionalidad y la del domicilio del sujeto. (269)

Según este sistema, los contratos internacionales deben regularse por la ley personal de las partes. Bien sea la nacional, criterio adoptado por Zitelmann, o la del domicilio según Von Bar. (270)

Quienes profesan este sistema nos dan los siguientes argumentos:

1. "De acuerdo con la teoría de la personalidad del derecho la legislación del Estado, en lugar de incidir sobre un ámbito territorial (vigencia territorial), incide sobre las personas de sus súbditos, cuyos actos regula cualquiera sea el sitio donde estén (vigencia personal).

Por consecuencia, de este principio, quien contrae en cualquier parte del mundo una obligación, sólo queda obligado por virtud de la ley del estado a que pertenece.

Hoy este argumento ha perdido valor porque la teoría de la personalidad del derecho en que se funda ha retrocedido mucho la doctrina (271) ya que como nos dice Niboyet: "Cuando

(269) Alfonsin, Quintin, Op. Cit., pp. 51.

(270) Mija de la Muela, Op. Cit. pp. 237.

(271) Alfonsin, Quintin, Op. Cit., pp. 51.

se intenta erigir un sistema de derecho internacional privado nacional como reacción patriótica ante el desastre de la guerra" o, al decir de Quintín Alfonsín: "Cuando se pretende establecer un internacionalismo equilibrado sobre bases lógicas" conducen a la teoría opuesta de la personalidad del derecho, o sea, a la territorialidad del derecho.

"En el mundo actual, ningún Estado puede renunciar a aplicar su propia legislación a un contrato que se celebra y se ejecuta sobre su territorio; si los contratantes son extranjeros poco importa".

Segundo argumento: La ley que mejor conoce los contratantes, es la propia ley personal; que la del lugar de celebración ya que éste puede ser fortuito o la de la ejecución que puede ser en cualquier parte del orbe, por lo tanto, es de presumir que a falta de manifestación en contrario fue voluntad de ellos someter el contrato a esa ley. (272)

Se hace el siguiente comentario: ¿Y si los contratantes son de distinta nacionalidad? o si se sigue el criterio domiciliar para determinar la ley del contrato y éste es bilateral ¿qué ley regirá el contrato?; si no lo manifestaron expresamente.

Tercer Argumento: La ley personal de las partes sortean arosamente todos los obstáculos con que chocan la Lex Loci Contractus y la Lex Loci Solutionis,

En efecto, para determinar cuál es la Lex Loci Contractus hay que establecer previamente cuál es, desde el punto de vista jurídico, el lugar de la celebración; pero, para establecerlo, no podemos recurrir a las disposiciones de la ley de ese lugar que aún no se ha determinado. Esta dificultad es muy aguda cuando el contrato se celebra entre personas ausentes. Lo mismo ocurre con la Lex Loci Solutionis; para determinarla hay que establecer previamente cuál es, desde el punto de vista jurídico, el lugar de la ejecución; pero, para establecerlo, ¿podemos recurrir a la ley de ese lugar que aún no se ha determinado? Es claro que no.

(272) Ibidem, pp. 52.

"En cambio, la ley personal de las partes, obrando al margen del Locus Contractus y del Locus Solutionis, brinda una solución satisfactoria en todos los casos". (273)

Pero la ley personal se encontraría cerrada en el mismo círculo vicioso si fuera preciso determinar la nacionalidad o el domicilio de las partes, mediante la ley de la nacionalidad o del domicilio de las partes respectivamente.

Segundo obstáculo.- Es posible que las partes movidas por el ánimo de fraude elijan cierto locus contractus o cierto locus solutionis; a fin de que el contrato sea regido por la ley del lugar que ellos eligieron. Ninguna de estas maniobras, en cambio, influye sobre el régimen de la ley personal, cuya obligatoriedad es inaccesible a cualquier cambio o simulación.

Cabe anotar que también la nacionalidad o el domicilio de las partes se presta a idénticos cambios y simulaciones, aún cuando sean más difíciles de lograr.

Este sistema choca, por último, con un inconveniente de mucho peso: sólo puede funcionar cuando las dos partes pertenecen por su nacionalidad o domicilio a un mismo Estado. Si cada uno pertenece a un Estado distinto, ¿cómo aplicarle al contrato las dos leyes personales?. Ello supondría que cada contratante dió su consentimiento de acuerdo con una ley diferente, lo cual es inadmisibles dado que "Es esencial a todo convenio que haya consentimiento común sobre todo lo que compone al contrato". (274)

2. SISTEMA DE LA LEX LOCI CONTRACTUS.

De acuerdo con la territorialidad del derecho, se considera un contrato como nacional

(273) Ibidem, pp. 53.

(274) Ibidem, pp. 54.

aquél que se celebra en México y se va a ejecutar en México, aunque las partes contratantes sean extranjeras. Porque en esta teoría, la condición personal de las partes, ya sean nacionales de un Estado o estén domiciliadas en otro no le dan carácter internacional al contrato.

Sólo serán considerados como extranacionales los contratos que se celebren sobre el territorio de un Estado y se ejecuten o cumplan sobre el territorio de otro, de aquí que el contrato extranacional suscite un conflicto entre los órdenes jurídicos de las sociedades nacionales afectadas por el contrato, cuando en las normas de ambos estados, por razones de las normas del conflicto del territorio pretendan regirlo. Este conflicto sólo puede resolverse de dos maneras: Primera.- Aceptando la ley del territorio donde el contrato se celebra (*Lex Loci Contractus Celebrati*). Segunda.- Dando preferencia a la ley del territorio donde el contrato se ejecuta (*Lex Loci Solutionis*). (275)

En el sistema de la *Lex Loci Contractus*, para regular un contrato extranacional se han dado por la doctrina los siguientes argumentos en pro:

1.- La convención toma en cuenta las prestaciones, el lugar, el tiempo y el modo de cumplirla, pero nace por el imperio de una ley desde el momento mismo de crearse la relación jurídica y es ella (la ley del lugar de la celebración) la que le da fuerza. Siendo éste el acto primordial de la vida del contrato, como diría Shaffner "que toda relación de derecho debe ser juzgada conforme a las reglas jurídicas del lugar en que ha nacido". (276)

Este argumento se le hacen las siguientes objeciones: si bien es cierto que el contrato extranacional nace bajo el imperio de una ley de derecho doméstico, por esencia este contrato va a ejecutarse en otro lugar diverso en el cual nació y no por celebrarse el contrato den-

(275) *Ibidem*, pp. 63.

(276) Salazar Flor, Carlos, *Op. Cit.*, pp. 316.

tro de la frontera de un Estado es razón para someterlo a la ley local, ya que como decía Dumolín, el lugar de la contratación puede ser fortuito o casual. No hay razón de peso para que el sistema jurídico del lugar donde el contrato se celebró fuese obligatorio en otro donde el contrato se ejecuta.

2.- En el lugar de la celebración se produce el concierto de elementos integrantes del vínculo que no tienen otro lugar de coincidencia externa. Las partes pueden tener domicilio o nacionalidad distintas, las cosas pueden estar en varios lugares aunque sean objeto de un mismo contrato, los actos en sí mismos comprenden la celebración del vínculo y la ejecución de las prestaciones que pueden ocurrir en otro sitio como sucede en las obligaciones de tracto sucesivo (seguro de vida con prima periódicamente pagada quizás en sitios diversos, transporte ejecutable en cierto tiempo y a través de varios países, obligaciones sinalagmáticas que ponen a cargo de ambas prestaciones propias de acreedor y deudor al mismo tiempo, tal cual pasa en la compra venta) en tales casos, hay distintos lugares de ejecución.

Pese a que las obligaciones del vínculo sean varias, éste es único y no debe someterse más que a una ley.

Si se eligiesen entre dos o más derechos aplicables, podrían surgir incompatibilidades y contradicciones dentro de un mismo régimen y, por eso, no es posible admitir varias leyes de ejecución en cuanto al vínculo. Con tales supuestos hay, con todo, unidad del lugar de celebración. (277)

Este argumento de orden práctico, el profesor de la Universidad de Montevideo lo resume diciendo: La ley del lugar de celebración es única, nunca falta y es fija. Estos tres caracteres le proporcionan al régimen del contrato una certidumbre inapreciable desde el punto de vista del *commercium internacional*.

(277) Lazcano, Carlos A., Op. Cit., pp. 426.

En el aspecto práctico, es indudable que el sistema de la ley de la celebración le asegura al contrato una ley única para regirlo. Todos los partidarios de dicho sistema hacen resaltar esta ventaja. Pero no basta con que la ley sea única: también requiere ser adecuada a la naturaleza del contrato. Si bastara con que fuera única, sería igualmente satisfactoria una norma internacional concreta que, por ejemplo, dijera: "Todos los contratos extranacionales se regirán por la ley suiza". (278)

Este sistema de la Lex Loci Contractus presenta en algunos casos, situaciones muy difíciles de salvar y que hacen inoperante a este sistema.

Para Mancini, la crítica de este sistema se encuentra desde que la relación de derecho pudo haberse formado en diferentes lugares, como se observa cuando "La promesa se realiza en un lugar y la aceptación en otro distinto". (279)

Cuestión que tiene mucha importancia ya que la mayoría de los contratos internacionales se celebran entre personas que no se encuentran en territorio de un mismo estado.

Pero en algunos casos se presentaría, en consecuencia, la necesidad de resolver el lugar de celebración de un contrato internacional para que sea el lugar donde el contrato se celebró el orden jurídico competente para regular al acto jurídico básico. Este problema se presenta en el caso de un contrato extranacional celebrado entre ausentes y la doctrina que acepte este sistema se pregunta si el lugar donde ha tenido nacimiento la relación jurídica fue donde partió la oferta o donde fue aceptada.

Algunos autores resuelven este problema tomando como base de solución lo que indique la ley local al respecto ya sea que se adopte el sistema de la expedición, de la recepción o de la información, solución que no nos parece adecuada en virtud de que no tiene carácter

(278) Alfonsin, Quintin, Op. Cit., pp. 67.

(279) Salazar Flor, Carlos, Op. Cit., pp. 317.

de norma de derecho internacional privado.

Quintín Alfonsín nos dice al respecto: "En el plano del derecho positivo, sólo hay dos caminos para resolver esta cuestión: atenerse a lo que decida la *Lex Causae* o a lo que decida el orden jurídico al cual la norma de derecho internacional privado pertenece.

El primer camino es impracticable porque nunca es posible determinar el alcance jurídico de una disposición de derecho internacional privado mediante la ley que dicha disposición designa. Intentarlo sería incurrir en este círculo vicioso: para establecer el lugar de la celebración del contrato hay que consultar la ley de la celebración, pero para consultar esa ley, hay que establecer previamente el lugar de la celebración del contrato.

El segundo camino, por lo contrario, es lógicamente viable, si bien tropieza con todas las dificultades inherentes a la interpretación de la norma de derecho internacional privado. Cuando dicha norma es auténticamente internacional (como ocurre con las normas de un tratado internacional) es menester que en el mismo sistema jurídico del cual la norma forma parte, haya otra norma que especifique dónde se consideran celebrados los contratos dados. Y cuando la norma es nacional (como ocurre con las normas de derecho internacional privado incluidas en la introducción de algunos códigos civiles), su interpretación debe buscarse en el orden jurídico nacional a que la norma pertenece. Esto no significa que, sin ningún examen, habrán de trasplantarse a la esfera del derecho internacional privado las concepciones de derecho civil propias de ese orden jurídico: en efecto, una norma nacional de derecho internacional privado no puede ser interpretada tomando al pie de la letra la *Lex Fori*, puesto que la *Lex Fori* generalmente se refiere a otras situaciones que las mencionadas por la norma de derecho internacional privado.

Si es verdad que el contrato siempre se celebra en un lugar, pero ese lugar puede ser incierto y muy difícil de precisar, el negocio jurídico no parece haber sido celebrado en un lugar exacto, como son los casos, cuando el contrato es celebrado durante un viaje y los

contratantes están en un tren internacional que cruza varios estados y allí realizan un convenio; En otra hipótesis, cuando el contrato fue celebrado en aguas no jurisdiccionales o mientras un avión sobrevolaba un territorio no perteneciente a ningún estado. Será del todo imposible aplicar la ley del lugar de la celebración, pues en estos lugares no tiene vigencia ninguna ley nacional. (280)

Rabel, Battifol, Quintín, etc., consideran que el lugar donde se celebre un contrato muchas veces lo es por accidente, cuando este lugar no coincide con ningún otro elemento extranacional del contrato, por ejemplo, el caso "de una sociedad norteamericana cuyo mandatario negocia en París, con el de una sociedad alemana, la representación de un film en Alemania, o el de una sociedad canadiense que negocia en Nueva York con un ecuatoriano la explotación de minas en el Ecuador".

En estos casos, vemos que esta ley, la de la celebración, es impropia y no debe regir el contrato ya que es ajena por completo al convenio y por el solo hecho de celebrarse allí el contrato no es razón suficiente para regularlo. (281)

3. SISTEMA DE LA LEX LOCI SOLUTIONIS

Este sistema de solución para determinar el orden jurídico que regulará a un contrato con elementos extranjeros, será el del lugar donde el contrato sea ejecutado o, en otros términos, donde el mismo se cumpla.

Este sistema de la Lex Loci Solutionis ha tenido a Von Carl Savigny como uno de sus principales sostenedores, así como a la jurisprudencia alemana que se ha inclinado por este

(280) Alfonsín, Quintín, Op. Cit. pp. 68-70

(281) Ibidem, pp. 71-72.

sistema en múltiples ocasiones.

Este autor alemán, sostiene que en toda obligación hay dos circunstancias visibles, el lugar de nacimiento y el lugar de ejecución. Lo primero, es un hecho accidental, fugitivo y extraño en esencia a la obligación como a su desenvolvimiento y eficacia ulteriores, la segunda se aplica al contrato como ley presuntamente elegida por las partes.

Lo cierto en materia de contratos es el cumplimiento de la obligación entre quienes contratan y es de presumir que dirigen su intención hacia la ley del lugar de la ejecución puesto que "sobre la ejecución se concentra la esperanza de las partes" y es de presumir asimismo que quienes contratan conocen dicha ley. (282)

La lógica práctica indica que será la ejecución quien imponga su régimen al contrato, puesto que es la ejecución lo que determina la celebración del contrato, o sea, las partes celebran un contrato para que se cumpla. (283)

Existe un argumento de carácter económico en el cual se dice que es la sociedad en donde se ejecuta el contrato la más interesada en que sea su orden jurídico el que regule al convenio, porque es la más afectada ya que antes de la ejecución o cumplimiento del contrato sólo hay "obligaciones en potencia" y el lugar donde el contrato se cumple hay una transferencia de bienes con la consiguiente afectación social y económica. (284)

Debe hacerse una previa consideración de orden práctico: hay gran ventaja de vincular la ley aplicable y el foro que entienda en su aplicación; es ventajoso asociarla la ley y la competencia. Porque la ley del lugar de la ejecución es la ley del foro donde normalmente debe exigirse el cumplimiento judicial del contrato. El sistema de la *Lex Loci Solutionis*

(282) Salazar Flor, Carlos, Op. Cit., pp. 452

(283) Alfonsín, Quintín, Op. Cit., pp. 74.

(284) Ibidem, pp. 75

asegura por lo tanto que el juez requerido aplicará su Lex Fori para resolver la controversia.

Esto llevó a Savigny a elegir el domicilio como ley aplicable a los derechos personales, en vez de la nacionalidad, la cual sólo en algunos sistemas establece la jurisdicción procesal. Es grande la utilidad de la Lex Fori para regir el fondo del contrato. Pese a los principios de la extraterritorialidad, la aplicación del derecho extranjero no siempre es firme porque puede chocar contra una regla de orden público, en cambio, si coinciden la ley aplicable y el fuero, desaparecerán los problemas de la extraterritorialidad, no hay una ley extranjera en juego y el juez aplica la propia. (285)

Esta posibilidad de acercar la ley aplicable y el foro, puede fracasar si admitimos que también son competentes los jueces del domicilio del obligado y sea otro el lugar del cumplimiento de la obligación, puede ocurrir, incluso, que llegue a ser competente el juez del lugar donde se celebró el contrato si allí está domiciliado el obligado.

El profesor de la Universidad de Montevideo, comentando este sistema, nos dice: "La ley del lugar donde se ejecutan las prestaciones contempla mejor que la ley del lugar de la celebración el aspecto social y económico del contrato". (286)

Para que este sistema opere satisfactoriamente, es necesario que el lugar de ejecución del contrato sea en un solo Estado.

Ya que si tuviere varios lugares de ejecución en diferentes territorios, serían diferentes leyes las que regularían el contrato ocasionando el desmembramiento del convenio por la competencia de distintos ordenamientos jurídicos.

En un contrato bilateral en el que cada uno de los contratantes se obliga a cumplir sus

(285) Lazcano, Carlos A., Op. Cit., p.p. 424

(286) Alfonsín, Quintín, Op. Cit., pp. 77.

obligaciones en un lugar distinto el uno del otro, o sea, cada parte debe ejecutar sus obligaciones en un Estado distinto, como es el caso de la compra venta en que una de las partes, el comprador, se obliga a pagar el precio en México y la otra parte, el vendedor, se obliga a entregar la cosa objeto del contrato en Estados Unidos. Si se aplicara el sistema de la *Lex Loci Solutionis* a este contrato de compra venta se le aplicarían dos órdenes jurídicos, ya que se cumpliría este contrato en dos territorios, el mexicano y el estadounidense; creándose un régimen de aplicación de dos legislaciones a un contrato, pudiendo ser contradictorias, originándose una confusión al no saber las partes los límites de aplicación de los dos regímenes jurídicos dando por efecto una confusión en las transacciones internacionales.

Sin embargo, - dicen algunos autores - en este caso, de contratos con dos o más lugares de cumplimiento, para salvar la unidad de la ley reguladora, todo contrato debe tener jurídicamente un solo lugar de ejecución, considerando según Ramírez como único lugar de ejecución del contrato aquél en que debe ejecutarse su obligación típica, dando como ejemplo en el caso de compraventa que la entrega de la cosa por el vendedor es la obligación típica, porque la sociedad más afectada por el contrato es justamente aquella en donde se debe ejecutar la obligación típica, siendo la del vendedor porque es en su territorio donde gira la operación.

En donde el sistema que estamos analizando fracasa es cuando las obligaciones son iguales, no se puede elegir a una de ellas como "típica", tales son los casos del contrato de permuta de dos bienes inmuebles, donde los objetos se encuentran, por ejemplo, uno en México y el otro en Guatemala y, en este caso, no se puede distinguir esta obligación "característica principal, típica" puesto que las dos obligaciones son iguales.

Otro caso en el cual fracasa la aplicación de este sistema es el del contrato de prestación de servicios a ejecutarse en varios Estados, de donde que la obligación característica

será la prestación de servicios y no su contraprestación el pago de ellos. Siendo el lugar de cumplimiento del contrato en distintos países, ¿cuál de éstos sería conforme a este sistema el que regularía al contrato? Cuestión en la cual resulta ineficaz la *Lex Loci Solutionis*. (287)

Segundo.- Que los contratantes conozcan en el momento de la celebración del contrato el lugar de su ejecución o cumplimiento, para que esta ley regule todos los momentos de la vida del contrato, desde su inicio ya que las partes deben tomar en cuenta la elaboración de su convenio, el orden jurídico que lo regulará y, así, estar seguros que realizarán un acto jurídico plenamente válido y eficaz.

Como el sistema supone que se conoce el lugar de cumplimiento aunque no se le mencione, hay que determinarlo claramente. Para ello, acude Von Savigny a principios de derecho general no de derecho internacional privado. Los que permiten descubrir cuál es el lugar de cumplimiento de la obligación. Dice: 1.- Que si se ha fijado un lugar para efectuar las prestaciones, ése es el de la ejecución. 2.- Que si la relación se relaciona con una gestión de negocios emprendida por el deudor, el lugar de la ejecución debe ser donde esa gestión se hace. 3.- Que si las obligaciones nacen de actos particulares del deudor hechos en el domicilio, el lugar de cumplimiento está donde ellos se verifican sin que la mudanza domiciliaria influya para nada. 4.- Que si la obligación resulta de un acto particular del deudor verificado fuera de su domicilio, el lugar de cumplimiento está en el lugar que, según las circunstancias deba ser también el de la ejecución, atendiéndose aquél donde se verifican los actos. 5.- Que fuera de estas hipótesis, el *Loci Executionis* está en el domicilio del deudor.

(287) Ibidem, pp. 79-81.

será la prestación de servicios y no su contraprestación el pago de ellos. Siendo el lugar de cumplimiento del contrato en distintos países, ¿cuál de éstos sería conforme a este sistema el que regularía al contrato? Cuestión en la cual resulta ineficaz la *Lex Loci Solutionis*. (287)

Segundo.- Que los contratantes conozcan en el momento de la celebración del contrato el lugar de su ejecución o cumplimiento, para que esta ley regule todos los momentos de la vida del contrato, desde su inicio ya que las partes deben tomar en cuenta la elaboración de su convenio, el orden jurídico que lo regulará y, así, estar seguros que realizarán un acto jurídico plenamente válido y eficaz.

Como el sistema supone que se conoce el lugar de cumplimiento aunque no se le mencione, hay que determinarlo claramente. Para ello, acude Von Savigny a principios de derecho general no de derecho internacional privado. Los que permiten descubrir cuál es el lugar de cumplimiento de la obligación. Dice: 1.- Que si se ha fijado un lugar para efectuar las prestaciones, ése es el de la ejecución. 2.- Que si la relación se relaciona con una gestión de negocios emprendida por el deudor, el lugar de la ejecución debe ser donde esa gestión se hace. 3.- Que si las obligaciones nacen de actos particulares del deudor hechos en el domicilio, el lugar de cumplimiento está donde ellos se verifican sin que la mudanza domiciliaria influya para nada. 4.- Que si la obligación resulta de un acto particular del deudor verificado fuera de su domicilio, el lugar de cumplimiento está en el lugar que, según las circunstancias deba ser también el de la ejecución, atendándose a qué donde se verifican los actos. 5.- Que fuera de estas hipótesis, el *Loci Executionis* está en el domicilio del deudor.

(287) Ibidem, pp. 79-81.

Estas reglas de derecho interno sólo procuran interpretar la voluntad de las partes pero cooperan a la indagación del régimen internacional por cuanto una vez decidido donde está el lugar de la ejecución, la ley de éste deberá regir la obligación, según el sistema Savigniano. (288)

Se ha objetado a este sistema cuando el lugar de la ejecución es desconocido en el momento a la celebración, tal es el caso que nos ofrece el profesor de la Universidad de Montevideo, del contrato de arrendamiento de servicios del agente viajero cuyos futuros itinerarios no están especificados en el contrato; así como el compromiso de entregar cierta suma de dinero en México o en Brasil, según disponga el acreedor.

En el momento de la celebración del acto jurídico básico es desconocido el lugar de la futura ejecución o cumplimiento del mismo, por lo tanto, la Lex Loci Solutionis que los debe regular es desconocida ¿cómo se celebrará el contrato si se desconoce la Lex Loci Solutionis que debe precidir, incluso, a la celebración?. (289)

4. SOLUCIONES ANALITICAS.

Este sistema de solución, llamado analítico nace como una reacción a los sistemas clásicos de la ley de la celebración y ejecución que los deshechan por simplistas numerosos juristas, las legislaciones y la jurisprudencia de numerosos países aplican una clasificación que consulta la complejidad de las obligaciones, fundándose en su naturaleza, buscando las afinidades del objeto de la convención con ciertos regímenes jurídicos para someter a cada grupo contractual a un régimen armónico con esas similitudes.

Se aplicará así el principio según el cual debe estudiarse la naturaleza de la relación jurídica y someterla a la ley que ella misma indica sea nacional o extranjera; por lo que este

(288) Lazcano, Carlos A., Op. Cit. pp. 425 y 426.

(289) Alfonsín, Quintín, Op. Cit., pp. 79

sistema deshecha la solución tradicional de someter todos los contratos extranacionales a un régimen común y uniforme y propone que los contratos sean previamente analizados a fin de proporcionarle a cada tipo (compraventa de bienes raíces, compraventa de muebles, etc. etc.) (290) una solución específica, conforme a la ley que mejor conviene a su contenido. (291)

Quintín Alfonsín estudia el sistema de soluciones analíticas en tres categorías: soluciones analíticas libres, soluciones basadas en la autonomía de la voluntad y, por último, soluciones analíticas basadas en la *Lex Loci Solutionis*.

Tomando como base el estudio del jurista uruguayo, me referiré a la primera categoría:

A) A la de soluciones analíticas libres que, como su nombre lo indica, prescinde de toda unidad normativa, ya que busca la ley que mejor conviene aplicar a cada contrato o a cada contrato-tipo, así sea la ley elegida por las partes o la ley personal de las mismas o la ley de la celebración o de la ejecución, por ejemplo, el artículo 25 del código civil helénico que preceptúa: "Las obligaciones contractuales se rigen por la ley a que las partes se sometieron. A falta de ella, se aplica la ley que, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, conviene a la convención".

La solución que Jitta propuso en 1906 es analítica y libre ya que ninguna de las soluciones tradicionales les satisfacía, "en lugar de tomar por punto de partida una regla fija, examinar pacientemente el fin social, sino de todas - las obligaciones - al menos de las principales para tratar de descubrir en qué casos cada regla da resultados razonables.

Cuando los elementos de un contrato están localizados unos en un Estado y otros en otro, será preciso, pues, analizar el contrato, descubrir en él un elemento "preponderante" y

(290) Alfonsín, Quintín, Op. Cit., pp. 89.

(291) Míjaga de la Muela, Op. Cit., pp. 238.

aplicar, en fin, la legislación nacional que ese elemento nos revele. Entre otros, Jitta propone estas soluciones: La compraventa celebrada en remate, mercado, bolsa o establecimiento mercantil debe regirse en su opinión por la ley del lugar de la celebración".

La compraventa de un inmueble, por la ley elegida por las partes, si bien será lo frecuente que la intención de las partes sea someterse a la *Lex Rei sitae*.

El arrendamiento de un bien inmueble cuyo destino es servir al arrendatario en su domicilio, debe regirse por la ley de este domicilio; cuando el bien debe servir al arrendatario en un tercer estado, hay que tener en cuenta las circunstancias de cada caso. (Soluciones similares propone para el préstamo). (292)

Quintín Alfonsín analizando a Jitta nos dice que autor no tiene un método preestablecido y es contradictorio, al proporcionar a cada tipo de contrato la ley más adecuada, ya que considera a veces como primordial atender al interés de la sociedad donde el contrato se va a celebrar y, poco más adelante, en otra solución considera como básico respetar la voluntad de las partes.

Las soluciones propuestas para el contrato de compra-venta por la International Law Association en las sesiones de Viena de 1926 y de Varsovia de 1928, así como la ley polaca del 2 de agosto de 1926, incurren en el defecto recién apuntado ya que sus soluciones son analíticas y libres.

A lo que concluimos que todo sistema analítico, por libre que sea, requiere un principio normativo que le sirva de orientación, ya que sin ningún principio orientador son inevitables las contradicciones. (293)

(292) Alfonsín, Quintín, Op. Cit. pp. 88 cita 3 de la misma y 89.

(293) Ibidem, pp.

b) Soluciones analíticas basadas en el principio de la autonomía de la voluntad.

Las partes, basándose en el principio de la autonomía de la voluntad, eligen una ley ya sea de manera expresa o tácita; pero cuando el contrato nada revela es preciso acudir a la voluntad presunta de las partes o descubrir la ley que presuntamente fue elegida por las partes.

Para resolver cuál es esa ley, hay dos caminos:

1.- O dicha ley es determinada por el Juez atendiendo a las presunciones particulares que cada contrato le sugiere,

2.- O es determinada por una norma pre-establecida que atiende a presunciones generales para todos los contratos de una misma clase. (294)

"En ambos casos, la ley es indagada mediante presunciones acerca de cuál hubiera sido la voluntad más probable de las partes contratantes y, en ambos casos, el procedimiento para establecer dicha ley es analítico; pero en el primero, el análisis lo hace el Juez contrato por contrato y, por lo tanto, a posteriori, en tanto que en el segundo, los contratos se analizan por clases a fin de establecer a priori el régimen de cada una". (295)

Roguin, en la sesión del Instituto de Derecho Internacional de 1904, en Edimburgo, propuso adoptar un sistema que diversificara las categorías jurídicas según las distintas especies de obligaciones contractuales y dió para cada una de ellas una solución propia. Dejando el análisis de la voluntad presunta de las partes, contrato por contrato al Juez, y por lo tanto, a posteriori. (296)

(294) Lazcano, Carlos A., Op. Cit., pp. 427.

(295) Alfonsín, Quintín, Op. Cit., pp. 99.

(296) Lazcano, Carlos A., Op. Cit., pp. 427.

Roguín, citado por Quintin Alfonsin, concretaba su proposición así:

"El fondo del contrato está sujeto a la ley elegida expresa o implícitamente por los contratantes, en la medida en que no sea contradictoria con ninguna disposición imperativa o prohibitiva.

Si los contratantes no han manifestado de ningún modo cuál era su voluntad a este respecto, el juez, examinando todas las circunstancias del caso, indagará a cuál legislación se habrían probablemente referido en caso de haber detenido su atención sobre el punto.

El juez examinará cuál fue el lugar de la celebración y cuál es el de la ejecución; también tendrá en cuenta el domicilio y la nacionalidad de las partes, sobre todo, cuando uno u otro sean para todos los contratantes y tendrá en cuenta, igualmente, en su resolución la concordancia entre las dos o más leyes que estén en conflicto.

Finalmente, el juez tomará como regla la ley que les parezca que responde mejor a las circunstancias del caso concreto sin estar obligado por ninguna presunción absoluta ni aún relativa. (297)

El comentario que se le pueda hacer al sistema de Roguín es que las partes no sabrían a qué derecho atenerse sino hasta que el juez decida.

El segundo camino consiste en establecer una norma general que indique cuál es la ley elegida presuntamente por las partes para cada tipo de contrato.

El Instituto de Derecho Internacional (Florencia, 1908) celebró una convención sobre las obligaciones contractuales. Allí se dijo que era difícil adoptar soluciones simples para casos complejos. Ante todo, al tratar de las reglas utilizables para casos complejos. Ante todo al tratar de las reglas utilizables para suplir la voluntad de las partes en el contrato, hubo divergencias entre si el sistema de presunciones legales debe ser *Iuris Tantum* o

(297) Alfonsin, Quintin, Op. Cit., pp. 99 y 100.

lure Et De lure, si se aplicará el de las presunciones judiciales o, en su defecto, deberá dejarse al juez librado a la apreciación de los elementos de hecho en cada caso para determinar la voluntad ausente.

Pillet se pronunció por este último sistema, partidario de las presunciones *luris Tantum* sostuvo que su aplicación despojaría a las partes de toda posibilidad de acudir a una ley, a una guía o a una prescripción sobre el régimen supletorio, obligándolos a ir a un litigio para que el juez decidiera al respecto. En cambio, a su juicio, el sistema de presunciones, proporcionaría una orientación sin necesidad del arbitrio judicial.

El mencionado Instituto adoptó el sistema de las presunciones *luris Tantum* y descontó el de las judiciales o de hecho. (298)

De dicha sesión de Florencia, en 1908, se transcribe para efectos de este estudio, su resolución:

"El Instituto, reservándose el estudio ulterior de las demás cuestiones relativas a las obligaciones contractuales ha adoptado, en lo que concierne a la determinación de la ley que a título supletivo debe regirlas, las resoluciones siguientes:

Art. 1: Los efectos de las obligaciones contractuales se rigen por la ley a la cual las partes han manifestado su intención de someterse, siempre que la validez de la obligación y sus efectos no choquen con las leyes que rigen imperativamente la convención, especialmente en cuanto a la capacidad de las partes, a la forma, a la validez intrínseca del contrato y al orden público.

Art. 2: Si las partes no han manifestado efectivamente la voluntad de aceptar tal o cual ley como ley supletiva, es decir, destinada a suplir las lagunas de la convención en la medida en que son libres de determinar los efectos de su convención, la ley aplicable como derecho supletivo será deducida de la naturaleza del contrato, de la con-

(298) Lazcano, Carlos A., Op. Cit. pp.

dición relativa de las partes o de la situación de las cosas. En consecuencia, se aplicará:

- a) A los contratos celebrados en bolsas, en ferias o en mercados públicos, la ley del lugar de la celebración.
- b) A los contratos celebrados que tienen por objeto inmuebles, la ley de la situación de los inmuebles.
- c) A los contratos de beneficencia la ley del domicilio del benefactor o del que presta el servicio gratuito (donación - préstamo sin interés, mandato gratuito, depósito gratuito, fianza...).
- d) A las compraventas comerciales celebradas entre un vendedor comerciante y un comprador comerciante o nó, siempre que el comprador no se trate de un acto mercantil y salvo el caso previsto en la letra a). La ley del lugar del establecimiento comercial del vendedor.
- e) A los arrendamientos de servicios, arrendamientos de obra, contratos de obras públicas, de construcciones o de suministros para un Estado, provincia, comuna o administración pública, la ley vigente en ese Estado, provincia, comuna o administración pública.
- f) A los contratos de seguros, mutuales o por primas y a otros contratos (como la renta vitalicia, por ejemplo) celebrados por una compañía de seguros de incendio, de vida, de robos, de accidentes, etc., la ley vigente en el asiento de dicha compañía.
- g) A los contratos celebrados con una persona que ejerce una profesión reglamentada (médico, abogado, procurador, notario, etc.) y que importen, por parte de ella el ejercicio de su profesión, la ley del lugar donde dicha profesión se ejerce.

- h) A los arrendamientos de servicios celebrados por obreros o empleados con una sociedad comercial, industrial o civil o con un comerciante, la ley del asiento del establecimiento comercial industrial o civil.
- i) En materia de letras de cambio o de pagarés a la orden, la ley del lugar donde se realiza dicha operación y si este lugar no estuviera mencionado, la ley del domicilio del obligado.
- j) En materia de transporte de personas o de cosas por ferrocarril, por carretera o por barco, celebrado con una sociedad o con un particular que tenga esa profesión, así como comisionista de transporte o un comisionista de expedición, la ley del principal establecimiento de la sociedad, del empresario, del transportador, del comisionista, etc.

Art. 3: Si la determinación de la ley aplicable, dado el silencio de las partes, no surge ni de la naturaleza del contrato ni de la condición relativa de las partes, ni de la situación de los bienes, el juez tendrá en cuenta la ley del domicilio común de los contratantes y, en su defecto, la ley de la nacionalidad común y si no tienen ni domicilio en el mismo país ni nacionalidad común, la ley del lugar de la celebración del contrato.

Art. 4: Si el contrato ha sido hecho por correspondencia el lugar de la celebración no será tenido en cuenta, aplicándose la ley del domicilio o del establecimiento comercial de la parte proponente, a menos que esta cuestión no pueda ser resuelta de hecho.

Lo mismo será en el caso de contrato celebrado por teléfono, en que se aplicará la ley del domicilio o del establecimiento comercial de la parte proponente, a menos que esta cuestión no pueda ser resuelta de hecho. En ese último caso, se aplicará a la ley del domicilio común o de la nacionalidad común, o subsidiariamente, la

ley del domicilio del deudor.

Art. 5. En lo que concierne al modo de ejecutar, de contar, de pesar, de medir, a la mora, a los días feriados, a la validez del pago, a la validez de la obligación y consignación, conviene aplicar la ley, los usos del lugar de la ejecución.

Art. 6: Cuando los efectos del contrato dependen del sentido de ciertos términos empleados para indicar el precio, el peso, la medida, el plazo y la época del pago, hay que referirse, en general, a la terminología del lugar donde se debe ejecutar el contrato, a menos que resulte de las circunstancias y, sobre todo, del objeto del contrato, que las partes han empleado los términos con un sentido diferente.

Art. 7: No obstante las presunciones precedentes, la manifestación aún tácita de la voluntad efectiva de las partes contratantes prevalecerá y deberá ser respetada. (299)

El jurista argentino Alberto Lazcano comentando la resolución de Florencia de 1908, nos dice: "Clasifica los contratos mediante presunciones que guían a los jueces y a las partes, pero que admite pruebas en contrario. Establece varias categorías y da preferencia para su radicación a consideraciones de carácter económico o reglamentario. Así, los contratos celebrados en ferias o mercados de valores se someten a la ley del lugar donde se celebran los que tienen por objeto derechos reales sobre inmuebles siguen la *Lex Rei Sitae*; los de beneficencia, o sea, los consistentes en una prestación unilateral, como son las donaciones, el préstamo gratuito, el mandato gratuito, el depósito gratuito, la fianza, etc., quedan sometidos a la ley del benefactor y no del beneficiario, los contratos por los cuales un comerciante vende a quien no lo es y aún a comerciantes si no se trata de un contrato mercantil para el comprador ni de acto en bolsa, feria o mercado comercial, siguen la ley

(299) Alfonsín, Quintín, Op. Cit., pp. 101 - 103.

del establecimiento comercial del vendedor, la locación de servicios o de obra, la empresa de trabajos públicos o de construcciones y la compra-venta para el Estado, provincia o municipios o administración públicas, se sujetan a la ley del estado o de jurisdicción provincial municipal o administrativa; los contratos de tracto sucesivo, como la renta vitalicia, los seguros, etc. se rigen por la ley del asiento de la compañía con la que se contrata, en razón de que cuando se lo hace con empresas comerciales, éstas sujetan a los usos y costumbres mercantiles a los que accede la otra parte mediante un contrato que, en realidad, es de adhesión; los contratos con personas que ejercen profesiones reglamentadas como los médicos, los abogados, los ingenieros, etc. y comportan el ejercicio propio de tal actividad, se someten al lugar en que ésta se desenvuelve, pues están sujetos a reglas imperativas que se suponen aceptadas por la contraparte, los de la locación de servicios celebrados por obreros o empleados por una sociedad comercial, industrial o civil o con un comerciante se rigen por la ley del establecimiento, dado el mayor poder económico de éste, su mayor responsabilidad en caso de incumplimiento, al carácter accesorio del trabajo de cada uno en la labor principal; la letra de cambio, los billetes a la orden, etc., según la ley del lugar de cada obligación y si dicho lugar no se menciona en el título rige el domicilio del obligado (sistema *Eineret* que es el de la ley alemana de 1848); los de transporte de personas o cosas por ferrocarril, carruaje o buque, con una sociedad o particular profesional o comisionista de transporte o expedidor, se someten a la ley del principal establecimiento del transportador, comisionista, etc., por tratarse de contratos de adhesión y de una actividad reglamentada por la autoridad pública.

Cuando estas presunciones *Iuris Tantum* y de la naturaleza del contrato o de la condición relativa o de la situación de los bienes, surge la ley aplicada, la convención de Florencia se atiende, primero, al domicilio común de las partes, luego, en su defecto, a la nacionalidad común y, por último, a la ley de la celebración del acto.

Esta convención se encuentra lejos de la ley de la celebración y ejecución del acto, del domicilio del acreedor o del deudor, del que es común a las partes y de la nacionalidad de uno u otro, o de ambos. Lo que ella toma en cuenta es la naturaleza del contrato, la actividad según esté reglamentada coactivamente o nó para una de las partes, el objeto de la obligación, el carácter público de uno de los contratantes, etc.

Conforme a esos elementos da la solución, basándolos en presunciones que admiten prueba en contrario y por sobre la voluntad de las partes y de la ley a que se han sometido, casos todos en que deben examinarse los elementos de que puede resultar el derecho supletorio para supuestos de voluntad no expresada total o parcialmente. (300)

c) Soluciones analíticas basadas en la *Lex Loci Solutionis*.

El Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo, de 1889, adopta este sistema, el de la *Lex Loci Solutionis*, logrando la unidad normativa extranacional y refiriéndose a tipos fundamentales de contratos que los clasifica en: "Contratos que versan sobre cosas" y "Contratos que versan sobre servicios". (301)

He aquí sus artículos principales:

Art. 32: La ley del lugar donde los contratos deben cumplirse decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente.

Art. 33: La misma ley rige: a) su existencia, b) su naturaleza, c) su validez, d) sus efectos, e) sus consecuencias, f) su ejecución, g) en suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea.

A su vez, el Art. 36 prolonga la unidad del régimen de cada contrato a sus contratos accesorios.

(300) Lazcano, Carlos A. Op. Cit. pp. 428, 429.

(301) Alfonso, Quintán, Op. Cit. pp. 106.

Art. 36: Los contratos accesorios se rigen por la ley de la obligación principal de su referencia. (302)

Este tratado necesitó de dos artículos complementarios para que este régimen general pudiera ser aplicado: uno que determina el lugar de ejecución de cada tipo de contrato, y otro, que establece un régimen subsidiario para aquellos contratos cuya ejecución no puede ser localizada.

En la primera disposición complementaria, el tratado en su artículo 34 considera que los contratos que versan sobre cosas ciertas e individualizadas, se ejecutan en el lugar en donde ellas existan (estén situadas), al tiempo de su celebración; que los contratos que versen sobre cosas determinadas por su género o fungibles, se ejecutan por la ley del lugar del domicilio del deudor en el momento en el que fue celebrado, y que los contratos sobre prestación de servicios se ejecutan si recaen sobre cosas, en el lugar donde ellas existían al momento de la celebración; si su eficacia se relaciona con un lugar especial, en ese lugar especial; y fuera de estos dos casos, en el domicilio del deudor de la prestación al tiempo de celebrarse el contrato.

Art. 34: En consecuencia, los contratos sobre cosas ciertas e individualizadas se rigen por la ley del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración.

Los que recaigan sobre cosas determinadas por su género, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo en que fueron celebradas.

Los referentes a cosas fungibles, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo de su celebración.

Los que versen sobre prestación de servicios:

- a) Si recaen sobre cosas, por la del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración;

(302) Ibidem, pp. 104.

- b) si su eficacia se relaciona con algún lugar especial, por la de aquél donde hayan de producirse sus efectos;
- c) fuera de estos casos, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo de la celebración del contrato. (303)

En la segunda disposición complementaria, el mencionado tratado sortea en su Art. 35 la dificultad de determinar en qué lugar se ejecuta un contrato bilateral en que no se puede precisar la obligación característica como es el caso de un contrato extranacional de permuta de bienes inmuebles situados en distintos estados.

Dicho artículo preceptúa: "El contrato de permuta entre cosas situadas en distintos lugares, sujetos a leyes disconformes, se rige por la ley del domicilio de los contrayentes si fuese común al tiempo de celebrarse la permuta, y por la del lugar en que la permuta se celebró, si el domicilio fuese distinto. (304)

El maestro de la Universidad de Montevideo al comentar el multicitado tratado nos dice que tiene la virtud y el inconveniente de su simplicidad puesto que "resuelve todos los casos en pocas disposiciones, el régimen de algunos contratos resulta forzado y contradictorio con la regla general del artículo 33. Así, el contrato teatral mediante el cual el artista debe ejecutar su prestación en varios estados, el arrendamiento de servicios del agente viajero cuyo futuro itinerario o abarca varios países o no esté determinado en el contrato, el mandato general mediante el cual una persona representará a otra en cualquier país... deben regirse por la ley del domicilio del deudor de los servicios, según lo dispone el artículo 34, inc. 4 c. Es evidente que en estos ejemplos, la Lex Domicilii Debitoris, aún cuando se aplica a título de Lex Loci Solutionis, no es la ley del lugar donde efectivamente se ejecutó la

(303) Ibidem, pp. 104.

(304) Ibidem, pp. 104.

obligación típica.

De todos modos, los Inconvenientes son de pequeña entidad comparados con la utilidad satisfactoria del tratado, que durante sesenta años ha cumplido sin tropiezos su finalidad normativa". (305)

(305) Ibidem, pp. 106.

CAPITULO CUARTO

LA REGLAMENTACION EXTRANACIONAL DEL CONTRATO

LA REGLAMENTACION EXTRANACIONAL DEL CONTRATO

En la actualidad, los estados para determinar la ley aplicable a un contrato cuyos elementos estén localizados en diferentes estados, han adoptado, diferentes sistemas de solución, por lo que el derecho regulador de un contrato internacional no es, en modo alguno, el mismo a través del mundo jurídico; ya que no se ha podido establecer un derecho internacional uniforme, en virtud de que no existe una norma general de derecho internacional privado relativa a los contratos sino por el contrario, cada estado aplicará su propio derecho internacional y determinará el derecho regulador conforme a tales normas, en consecuencia, habrá tantos derechos aplicables locales y extranjeros como diferentes sistemas de derecho internacional privado existan en vigor.

Conforme expone la concepción clásica, el régimen del contrato internacional está sujeto a las reglas resolutorias de conflictos de leyes que determinan qué orden jurídico nacional los regula.

La insuficiencia y la arbitrariedad de las soluciones tradicionales y la ineficacia de un derecho internacional privado resolutorio de conflictos cuyas normas, por ser demasiado generales y señalar un punto de conexión obligatoria para todos los contratos o para cada tipo de contrato, han ocasionado la incertidumbre en las relaciones privadas extranacionales al no saber, las partes, la mayoría de las veces, qué orden jurídico regulará su contrato; dando lugar ese estado de cosas a la inseguridad en el *commercium* internacional y la inestabilidad consiguiente del crédito internacional.

Ante esta situación en que se presentan una diversidad de soluciones para determinar el régimen del contrato internacional y de las deficiencias que existen en los actuales sistemas jurídicos para resolver los problemas que suscita el complejo *commercium international* en virtud del intercambio cada día mayor entre las naciones, se ha propuesto liberar al contrato extranacional de ser regulado por los diferentes órdenes jurídicos nacionales y, para ello, los juristas proponen dos caminos:

Primero.- Unificando las legislaciones nacionales de todos o de algunos estados en materia de obligaciones y contratos.

Segundo.- Creándose una legislación extranacional para regular a los contratos extranacionales.

Conforme a la primera solución, la de unificación, habrán en los estados disposiciones en materia de obligaciones y contratos de carácter nacional para regular a los contratos nacionales; existirán, además, otras normas para regular los contratos extranacionales. "Por lo que una vez unificadas las legislaciones nacionales, resultaría inútil ponerse a elegir la ley aplicable al contrato, puesto que fuera cual fuera la que se aplicara, su contenido sería igual al de todas las demás". (307)

La similitud regional de los estados escandinavos hicieron posible la unificación parcial de sus disposiciones en materia de ventas, mediante las leyes uniformes promulgadas en 1905, 1906 y 1907.

En 1916 hubo un intento de unificación promovido por Scialoja, de las legislaciones de Italia y Francia, dando origen al "Código Franco-Italiano de las obligaciones y contratos". (308)

(307) Alfonsín, Quintín, Op. Cit., pp. 171.

(308) Ibidem, pp. 172.

Sin embargo, aún cuando este código fue elaborado con mucho cuidado científico y en base de satisfacer a los juristas franceses e italianos, el código nunca alcanzó a tener vigencia efectiva.

Constantini llevó a cabo un "Código Internacional de las Obligaciones" a través de una comparación metódica entre los textos de numerosas legislaciones nacionales.

Este código internacional no tuvo vigencia efectiva tampoco, ya que ningún estado está dispuesto, en efecto, a substituir con el código internacional sus propias disposiciones internas sobre las obligaciones y contratos. (309)

Para Quintín Alfonsín la idea de unificar las legislaciones nacionales no parece viable, ya que aparte de las dificultades con que tropieza cuando se lleva a la práctica, contiene la exagerada ilusión de que con la unificación se elimina el derecho internacional privado.

"Es verdad que la unificación eliminaría los 'conflictos de leyes' (tal como los entendía la técnica tradicional) pero dejaría en pie otros problemas que el derecho internacional privado debe asimismo resolver, como los problemas del régimen unitario o plural de la sucesión, de la quiebra, de las relaciones patrimoniales entre los conyuges, de la ausencia..., el problema de los conflictos de jurisdicción, el problema del respeto de los derechos adquiridos, etc.

De poco vale, por ejemplo, que dos estados tengan exactamente las mismas disposiciones materiales referentes a la sucesión: siempre quedaría por resolver si, al fallecer la persona que dejó bienes en ambos estados, deben abrirse dos procedimientos sucesorios; uno en cada estado para los bienes locales o si debe abrirse uno solo para la totalidad de los bienes.

Del mismo modo, de poco vale que dos estados tengan exactamente las mismas disposiciones materiales referentes a los contratos: siempre quedarían en pie los problemas inheren-

(309) ibidem, pp. 173.

tes a la índole extranacional de los contratos. Calcúlese, por ejemplo, qué consecuencias internacionales producirían sobre un contrato internacional las disposiciones siguientes, suponiéndolas textualmente idénticas en todas partes del mundo:

- El contrato se perfecciona mediante su inscripción en el registro local.
- Declarada la nulidad del contrato por la justicia local, las partes serán repuestas al mismo estado en que se hubieran hallado si no hubiese existido el contrato.
- En caso de calamidad pública, las deudas no serán exigibles en el territorio del estado, mientras dure el estado legal de emergencia.
- La deuda estipulada en moneda extranjera debe ser pagada en moneda local al tipo del día del vencimiento, etc.

A lo que concluye Quintín Alfonsín que no es la unificación entre las legislaciones nacionales el camino adecuado para alcanzar la protección internacional al contrato. ⁽³¹⁰⁾

La segunda solución que arriba apuntamos, o sea, la que propone que los contratos extranacionales deben ser regulados por un orden jurídico extranacional es la que consideramos como la más adecuada.

En la reglamentación extranacional del contrato, éste recibe su obligatoriedad de un orden jurídico extranacional; esto significa que dicha legislación es ajena a todos los estados ⁽³¹¹⁾ para ello es necesario elaborar una legislación extranacional que derogue las disposiciones nacionales relativas a regular a los contratos extranacionales; quedando este tipo de contratos sustraídos del ámbito de todas las legislaciones nacionales y quedando estos contratos extranacionales regulados por la legislación extranacional mencionada. Creándose un

(310) Ibidem, pp. 174

(311) Ibidem, pp. 171

conjunto de disposiciones relativas a regular a los contratos internacionales, de acuerdo con las exigencias del crédito y del *commercium* internacional.

En la actualidad, el *commercium* internacional realiza gran número de contratos a través de formularios de contratos - tipo, prescindiendo de las legislaciones nacionales, ya que los formularios resuelven más favorablemente los problemas que plantean la ejecución de las obligaciones contractuales.

Al principio, estos contratos fueron redactados por algún comerciante, para un asunto en particular apoyado en alguna legislación nacional; sin embargo, gracias a su clausulado, que fue redactado con mucha minuciosidad y acierto, fue siendo adoptado por otros comerciantes para situaciones similares, y por ese camino "llegó a cobrar paulatinamente una difusión universal". (312)

Son de notar por su importancia, los formularios de la "Silk Association of America" y de la "London Corn Trade Association" que son verdaderos códigos cuyo contenido responde a las exigencias del *commercium* internacional "conteniendo mayor minuciosidad y precisión normativa que las leyes nacionales" y sólo requieren de la adhesión del cliente para cobrar vigencia efectiva. (313)

Estos formularios fueron generalizándose, lográndose la universalidad de su uso y así se fueron independizando de su base legal primitiva "hasta el punto de que nuestros días no conservan ninguna amarra que los vincule con alguna legislación nacional: "con otras palabras, han dejado de ser contratos ingleses, estadounidenses o franceses para transformarse en contratos auténticamente extranacionales". (314)

(312) Ibidem, pp. 175.

(313) Ibidem

(314) Ibidem

En algunos casos, el contrato formulario incluye el compromiso de resolver por vía arbitral cualquier controversia que pueda suscitarse entre las partes. De esta forma, el contrato también se independiza de las jurisdicciones nacionales y se libra de que, por vía judicial, sea sometido a ninguna legislación nacional.

"Su Independencia convierte al mundo de los contratos-formularios en una esfera de derecho aparentemente autónoma, cuya obligatoriedad, por lo menos a primera vista reposa en ella misma". (315)

La pregunta que surge es: ¿estos contratos formularios de dónde reciben su obligatoriedad?

Su autonomía convierte este tipo de contratos formularios en una esfera de derecho relativamente independiente, pero es necesario que estos contratos tengan relación con algún orden jurídico establecido.

Podría decirse que su obligatoriedad reside en la voluntad de las partes contratantes, pero hay que recordar que la voluntad por sí misma no puede crear en materia de contratos efectos por sí sola.

El maestro de la Universidad de Montevideo nos dice que "también suele afirmarse que el contrato formulario es la expresión escrita de una costumbre internacional, y que, como tal, es obligatoria. Esta explicación está muy cerca de la verdad, pero no llega a alcanzarla, porque los contratos formularios no son costumbres o usos comerciales". (316)

En fin, puede afirmarse que el contrato formulario recibe su obligatoriedad de un orden jurídico extranacional cuyas normas consuetudinarias lo sancionan jurídicamente.

(315) Ibidem, pp.176

(316) Ibidem

En algunos casos, el contrato formulario incluye el compromiso de resolver por vía arbitral cualquier controversia que pueda suscitarse entre las partes. De esta forma, el contrato también se independiza de las jurisdicciones nacionales y se libra de que, por vía judicial, sea sometido a ninguna legislación nacional.

"Su independencia convierte al mundo de los contratos-formularios en una esfera de derecho aparentemente autónoma, cuya obligatoriedad, por lo menos a primera vista reposa en ella misma". (315)

La pregunta que surge es: ¿estos contratos formularios de dónde reciben su obligatoriedad?

Su autonomía convierte este tipo de contratos formularios en una esfera de derecho relativamente independiente, pero es necesario que estos contratos tengan relación con algún orden jurídico establecido.

Podría decirse que su obligatoriedad reside en la voluntad de las partes contratantes, pero hay que recordar que la voluntad por sí misma no puede crear en materia de contratos efectos por sí sola.

El maestro de la Universidad de Montevideo nos dice que "también suele afirmarse que el contrato formulario es la expresión escrita de una costumbre internacional, y que, como tal, es obligatoria. Esta explicación está muy cerca de la verdad, pero no llega a alcanzarla, porque los contratos formularios no son costumbres o usos comerciales". (316)

En fin, puede afirmarse que el contrato formulario recibe su obligatoriedad de un orden jurídico extranacional cuyas normas consuetudinarias lo sancionan jurídicamente.

(315) Ibidem, pp.176

(316) Ibidem

Acceptar esta explicación importa reconocer la existencia de un régimen **extranacional** para los contratos que se celebran mediante dichos formularios, por lo cual esta explicación es generalmente resistida.

"Dos hechos, sin embargo, quedan fuera de toda discusión, a saber: que buena parte **commercium internacional** prescinde de las reglas resolutorias de conflictos de **leyes para determinar el derecho inherente a los contratos**, y que el derecho que los rige efectivamente no es nacional". (317)

Las reglas de Varsovia de 1928, pudieron haberse inspirado en estos hechos, ya que realizó una obra afín a los contratos formularios; creándose 32 reglas precisas para la venta C.I.F.

Estas reglas no son normas jurídicas efectivas porque sólo cobran vigencia jurídica cuando son incorporadas por vía de referencia, a un contrato-formulario; pero revelan la preocupación de que este tipo de ventas C.I.P. sean **substraídas a la aplicación de tal o cual legislación nacional**.

A su vez, el proyecto de una ley internacional de la venta con 108 artículos, elaborados por el Institut International de Rome pour l'Unification du Droit Privé, no estaba destinado a substituir las disposiciones que sobre el punto tuvieran cada legislación nacional por el contrario, frente a la ley proyectada, cada estado conservaba sus propias disposiciones, si bien para uso exclusivamente interno. (318)

Esta ley esperaba ser adoptada por todos los estados, de tal modo que su **jurisdicción** derivara de todos los órdenes jurídicos del mundo. "La ley proyectada, pues, importaba la unificación de las disposiciones internas que cada legislación tuviera sobre la **venta internacional**. Es natural que la ley por ese camino fracasara, como efectivamente fracasó. (319)

(317) Ibidem.

(318) Ibidem, pp. 177.

(319) Ibidem, pp. 178.

En esta etapa que el contrato es regulado por un conjunto de disposiciones relativas a regular a los contratos extranacionales de acuerdo con las exigencias del crédito y del *commercium internacional*, "el contrato deja de ser regulado por normas nacionales, aún por las especialmente establecidas por cada estado para los contratos extranacionales: el contrato extranacional se rige por normas no nacionales. Por consiguiente, durante el transcurso de esta etapa, el derecho internacional privado deja de ser formal, es decir, resolutorio de conflictos de leyes, y se transforma en material, esto es, en un derecho privado (civil o comercial) directamente aplicable al contrato."

Esta solución es todavía incipiente; pero, al decir de Quintín Alfonsín, será la definitiva. (320)

(320) Ibidem, pp. 179.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

La autonomía de la voluntad no puede concebirse omnímoda, esto es, independiente o superior a toda norma jurídica, la realidad es que la voluntad individual sólo puede producir efectos jurídicos a condición de socializarse, esto es, a condición de someterse y ajustarse a las normas jurídicas.

Corresponde al derecho objetivo, limitar el ámbito de la libertad humana. La fijación del límite en que se autoriza a actuar a la autonomía de la voluntad, pertenece al campo de la política legislativa, ya sea aceptándola como en los regímenes liberales, o negándola, tal como sucede en los sistemas políticos de tendencias totalitarias.

En materia de contratos, los efectos de derecho, resultan de la conjunción de la ley y la voluntad; siendo insuficientes ambos, por sí mismos, para producirlos.

Las normas dispositivas o facultativas son un reconocimiento a la autonomía de la voluntad, ya que las partes pueden derogarlas estableciendo un régimen distinto del legal. Este tipo de normas sólo vale en cuanto no existe una voluntad diversa de las partes manifestadas legalmente.

El límite de actuación de la autonomía de la voluntad, es misión de las normas imperativas, ya que éstas son superiores a la voluntad individual, en virtud de que mandan o imperan independientemente de la voluntad de las partes siendo ilícito derogarlas.

La autonomía de la voluntad se encuentra restringida en todos aquellos sectores en que interviene el orden público y las buenas costumbres.

La autonomía de la voluntad, encuentra su fundamento así como sus límites en el derecho positivo.

Esta libertad faculta las partes con sus consiguientes limitaciones:

Para no celebrar, o para celebrar un contrato:

Para que de común acuerdo las partes modifiquen o den por terminado el contrato.

Para convenir sobre el objeto del contrato, que debe ser física y jurídicamente posible.

Para determinar el contenido, efectos y condiciones del contrato que estimen de acuerdo con sus intereses; en todo aquello en que la ley no les prohíba u ordene; y con las limitaciones del orden público y las buenas costumbres y las consecuencias derivadas de la buena fe, el uso o la ley que están por encima de las convenciones entre particulares.

Otro límite importante a la autonomía de la voluntad es el que determina que los requisitos esenciales del contrato, y los requisitos de validez propiamente dichos se sustraen de la posibilidad de estipular en contra de ellos; por estar reservados a la competencia normativa legal. Así como las cláusulas relativas a los elementos naturales del contrato, salvo que expresamente se excluyan por convenio entre los contratantes.

El principio de la autonomía de la voluntad no es el mismo en los contratos cuyos sujetos, objetos y lugares de conclusión y cumplimiento aparecen conectados con una sociedad nacional, de aquellos contratos cuyos sujetos, objetos y lugares de conclusión y cumplimiento aparecen conectados con diferentes estados.

En los contratos nacionales las partes en virtud de este principio - en términos generales - son libres para estipular el contenido y los efectos del contrato con las consiguientes limitaciones de las normas imperativas, del orden público y las buenas costumbres.

En los contratos extranacionales se ha considerado que las partes de acuerdo con la teoría de la autonomía de la voluntad pueden elegir entre las diversas leyes en contacto la que prefieran para regular el contrato internacional.

Lo que determina la Ley competente a un contrato con elementos conectados con diferentes legislaciones, no es la autonomía de la voluntad basada en el derecho de libre contratación que cada legislación nacional les acuerda; puesto que compete a la norma de derecho internacional privado determinar el derecho regulador a un contrato internacional.

Existen numerosos estados que en sus normas de derecho internacional privado reconocen al convenio relacionante como un contacto pleno y efectivo para regular al contrato extranacional por la *lex voluntatis*. La elección del derecho aplicable al contrato hecho por las partes, no es más que un acto jurídico basado en una regla permisiva de derecho internacional privado.

Las partes, de mutuo acuerdo agregan una cláusula al contrato internacional que establece un contacto a conexión (convenio relacionante), con el sistema jurídico que desean aplicar (*lex voluntatis*).

En estados cuyas normas de conflicto reconocen a las partes la facultad de determinar la ley competente en un contrato con elementos conectados a diferentes legislaciones, consideran que sus normas de derecho internacional privado que se orientan a determinar el derecho regulador de un contrato con elementos extranjeros, son supletorias; en el sentido de que el efecto de las normas de conflicto puede ser eliminado por un convenio de las partes que seleccionen un derecho diferente para regular el acto jurídico básico y este sistema escogido por las partes regulará al contrato extranacional en su integridad.

Cuando las normas de conflicto, regulador, reconozcan a las partes la facultad de determinar la ley que regirá el contrato, ésta será aplicada como un cuerpo de reglas jurídicas y se respetarán sus diversos grados de eficacia conforme a sus propios principios. Esto significa que se darán a las normas imperativas una aplicación estricta, en tanto que las normas supletorias serán tratadas como simples disposiciones complementarias, todo ello de acuerdo con las reglas contenidas en la *Lex voluntatis*.

Porque la naturaleza imperativa o supletiva de una norma de derecho internacional privado, no está en forma alguna determinada por la naturaleza imperativa o supletiva de la correspondiente regla sustantiva del mismo sistema jurídico; y aún menos por la naturaleza del derecho sustantivo al cual tal norma de derecho internacional privado se refiere como aplicable.

Los requisitos de esencia del convenio relacionante así como sus efectos de derecho internacional privado deben ser regulados por el derecho del tribunal que conoce de litigio.

En la etapa de aplicación de derecho voluntario en la regulación de un contrato internacional, el tribunal aplicará el derecho escogido por las partes, del mismo modo que regula la aplicación del derecho extranjero en general y del derecho extranjero como *lex voluntatis* en particular; confrontándolo con el orden público del tribunal antes de ser aplicado.

El derecho voluntario regulará la misma extensión que cualquier otro derecho si se declara aplicable; esto significa que la *lex voluntatis* cubrirá las cuestiones relativas a la existencia misma del acto jurídico básico así también la relativa a sus efectos. Conservando así el contrato internacional su unidad normativa.

Por el contrario algunos estados hacen depender el efecto de derecho internacional privado del convenio relacionante a ciertas condiciones, y otros estados no reconocen validez alguna a la cláusula de ley aplicable porque sus normas de conflicto se han considerado rígidas, es decir, tales normas no pueden ser modificadas por convenio entre las partes; v.g., cuando las normas de derecho internacional privado determinan que se regulará el contrato por la ley de lugar de su celebración, y esa norma no puede ser modificada por voluntad de las partes y exista una cláusula que contenga la sumisión del contrato a determinado orden jurídico, este contacto creado por las partes será nulo, en virtud del mandato imperativo de la norma de derecho internacional privado para regular el contrato por determinado orden jurídico nacional.

Según propone la concepción clásica, el regimen del contrato internacional será determinado por las reglas resolutorias de conflicto de leyes que indican cuál orden jurídico nacio-

nal la regula conforme al sistema de solución que contenga la norma de derecho internacional privado y que puede ser:

I.- LA LEY PERSONAL DE LAS PARTES.

A este sistema que postula que el contrato internacional debe regirse por la ley de las partes contratantes se le han hecho serias objeciones entre las más importantes cabe destacar las siguientes:

1. La ley personal de los contratantes no puede anteponerse a la ley territorial, pues que un contrato que se celebra y se ejecuta en el territorio de un solo estado, es un contrato nacional, y la característica de que las partes sean extranjeras o estén domiciliadas en estados diferentes, no hace que el contrato sea extranacional ni mucho menos que deba ser regulado por la ley nacional de las partes o del estado en que tuvieran su domicilio.

2. Este sistema sólo puede funcionar cuando las partes contratantes tienen la misma nacionalidad, o el lugar de su domicilio sea el mismo.

3. Otro inconveniente es el que se presenta en los contratos bilaterales cuyos lugares de cumplimiento deben efectuarse en dos estados distintos.

II.- SISTEMA DE LA LEX LOCI CONTRACTUS CELEBRATI O DE LA LEY DONDE EL CONTRATO SE CELEBRA.

A este sistema se le han hecho las siguientes consideraciones:

1. La ley del lugar de la celebración del contrato es muchas veces inadecuada para regularlo en virtud de que el lugar donde el contrato se celebra es un hecho accidental; por lo que esta Ley es completamente ajena a la esencia del contrato extranacional.

2. En ocasiones en que el contrato extranacional es realizado entre ausentes surgen grandes dificultades para determinar cuál fue el lugar donde el contrato fue celebrado ¿Es el lugar donde partió la oferta? ¿O donde fue aceptada?

3. Muchas veces el lugar donde el contrato internacional se celebra puede ser incierto y difícil de precisar, tales son los casos de contratos celebrados en trenes internacionales que cruzan varios estados, y los celebrados en aguas no jurisdiccionales o en aeronaves mientras éstas volaban en territorio no perteneciente a ningún estado.

III.- SISTEMA DE LA LEX LOCI SOLUTIONIS O DE LA LEY DEL LUGAR DE SU EJECUCION.

A este sistema se le han hecho las siguientes críticas ya que sólo puede funcionar eficazmente:

1. Cuando el lugar de ejecución del contrato extranacional se verifique en un solo estado. Pues en el caso de los contratos bilaterales en que cada una de las partes debe ejecutar su obligación en un estado distinto, deberá regirse por las dos leyes donde el contrato se cumpla, ocasionando el desmembramiento del contrato al ser aplicadas las leyes de los países donde se verifiquen las prestaciones de los contratantes.

2. Que el lugar de cumplimiento del contrato sea conocido desde el momento de su celebración. En los casos en que no se ha convenido expresamente ni se deduzca del texto del contrato el lugar de su cumplimiento, las partes conforme a este sistema no sabrán qué orden jurídico regulará al contrato, y si están celebrando un acto jurídico válido.

3. Que el lugar de cumplimiento no cambie después de haber sido celebrado el contrato. Si por determinadas circunstancias varía el lugar de cumplimiento del contrato, cambiará el orden jurídico que rige el contrato ocasionando así la incertidumbre al no saber las partes cuál será la ley que regulará al contrato internacional.

IV.- SOLUCIONES ANALITICAS.

Para determinar el regimen de los contratos internacionales este tipo de solución formula no un sistema general de aplicación automática a todos los contratos con elementos conec-

tados con diferentes legislaciones sino que busca para cada contrato y a veces para cada modalidad de un mismo tipo contractual la ley que mejor conviene aplicarle a su contenido, proponiendo que los contratos sean previamente analizados a fin de proporcionarle a cada tipo una solución específica.

1. Soluciones analíticas libres. Este sistema con el fin de proporcionarle a cada tipo de contrato la ley que mejor conviene a su contenido, analiza el contrato tratando de descubrir en él, un elemento preponderante para aplicar así la legislación nacional que ese elemento nos revele, así sea la ley elegida por las partes, o la ley personal de los contratantes o la ley de la celebración o de la ejecución.

La crítica que se le hace a este tipo de solución es que al referirse a los tipos de contrato en particular y determinar su solución, ésta es a veces contradictoria pues en ocasiones se refiere como primordial atender al interés de la sociedad donde el contrato se va a ejecutar, otras veces considera de importancia respetar la voluntad de las partes, etc. etc. Por lo que son inevitables las contradicciones en razón de que no se tiene un sistema preestablecido para calificar la ley más adecuada, puesto que se carece en este sistema de un principio normativo que le sirva de orientación.

2. Soluciones analíticas basadas en la autonomía de la voluntad. En los estados que en sus normas de derecho internacional privado facultan a las partes para determinar la ley aplicable al contrato internacional, el juzgador debe analizar cada contrato con el fin de conocer la ley expresamente elegida por las partes, por lo que el principio de la autonomía de la voluntad siempre ha conducido a soluciones analíticas que no admiten la aplicación automática de una ley común para todos los contratos.

Cuando las partes no se han referido expresamente a una legislación determinada para regular el contrato, los partidarios del principio de la autonomía de la voluntad sostienen que a falta de voluntad expresa, la ley que rige al contrato es determinada por la voluntad tácita

o presunta de las partes.

Esta ley presuntamente elegida por las partes puede ser determinada: 1o.- Por el Juez atendiendo a las presunciones que cada contrato le sugiere. 2o.- Por una norma preestablecida que atiende a presunciones generales para todos los contratos de una misma clase.

Batiffol, considera que cada contrato, no cada tipo contractual, es susceptible de recibir una localización por los tribunales en virtud de una serie de indicios que señalen su propia ley.

La crítica de mayor peso que se le hace a este tipo de solución es que deja en manos del juez determinar la ley competente del contrato Internacional; y porque obliga a las partes a entablar un juicio ante un tribunal para saber cuál es el derecho aplicable a su convenio y mientras no haya una decisión judicial nadie sabe qué derecho es el que regula al contrato; obligando a las partes, mientras tanto, a permanecer en la más completa incertidumbre acerca del regimen de sus obligaciones y derechos.

En el segundo caso en que el orden jurídico que regula el contrato es indicado por una norma preestablecida que establece presunciones generales para determinar la ley presuntamente elegida por las partes para regir los contratos extranacionales de una misma clase, se le han hecho los siguientes comentarios:

Estas normas que son presunciones de voluntad imponen un contacto obligatorio que determina el regimen del contrato para ser regulado unas veces por la ley personal de las partes, otras por la ley del lugar de la celebración o, en ocasiones, por la ley del lugar de la ejecución pretextando respetar o interpretar a la voluntad de las partes de someterse a esa ley.

Hay que considerar que en la actualidad los estados para determinar la ley aplicable a un contrato cuyos elementos estén localizados en diferentes estados, han adoptado diferentes sistemas de solución, por lo que el derecho regulador de un contrato internacional no es en modo alguno uno y el mismo através del mundo jurídico, ya que no se ha podido establecer un dere

cho internacional privado uniforme, en virtud de que no existe una norma general de derecho internacional privado relativa a los contratos sino, por el contrario, cada estado aplicará su propio derecho internacional privado y determinará el derecho regulador conforme a tales normas. En consecuencia, habrá tantos derechos aplicables locales y extranjeros como diferentes sistemas de derecho internacional privado existan en vigor.

Conforme propone la concepción clásica, el regimen del contrato internacional está sujeto a las reglas resolutorias de conflictos de leyes que determinan qué orden jurídico nacional los regula.

La insuficiencia y la arbitrariedad de las soluciones tradicionales y la ineficacia de un derecho internacional privado resolutorio de conflicto cuyas normas por ser demasiado generales y de señalar un punto de conexión obligatorio para todos los contratos o para cada tipo de contrato, han ocasionado la incertidumbre en las relaciones privadas extranacionales al no saber, las partes, la mayoría de las veces qué orden jurídico regulará su contrato; dando lugar este estado de cosas a la inseguridad en el *commercium* internacional y la inestabilidad consiguiente en el crédito internacional.

Por esto considero que la teoría autonómica es el medio más adecuado (dentro de la concepción clásica) como sistema de solución entre los contratos cuyos elementos estén localizados unos en un estado y otros en un estado distinto, en virtud de que logra un grado de certeza y seguridad en las transacciones internacionales; en razón de que las partes pueden elegir, el orden jurídico nacional que regulará el contrato extranacional, basándose en una norma permisiva de derecho internacional privado.

Ante esta situación en que se presentan una diversidad de soluciones para determinar el regimen del contrato internacional y las deficiencias que existen en los actuales sistemas jurídicos para resolver los problemas que suscita el complejo comercio internacional en virtud del intercambio cada día mayor entre las naciones, se ha propuesto liberar al contrato

extranacional de ser regulado por los diferentes órdenes jurídicos nacionales y aplicarle en su lugar un derecho privado extranacional.

Esta solución o protección al contrato internacional puede darse mediante la unificación de las legislaciones nacionales que los estados hagan en materia de obligaciones y contratos con elementos extranjeros.

Los esfuerzos para realizar códigos internacionales de las obligaciones y contratos están orientados en esta dirección.

Cuando exista este tipo de codificación, habrá dos tipos de normas relativas a los contratos, unas para regular los contratos nacionales y las otras para regular los contratos extranacionales.

En la actualidad, esta solución ha sido aceptada por algunos estados en sólo algunos tipos de contratos; pero la mayoría de las naciones se niegan a sustituir sus disposiciones internas sobre materia contractual por las de un código internacional.

La solución más adecuada para establecer el régimen de contrato extranacional es aquella en que el contrato recibe su obligatoriedad de un orden jurídico extranacional; para ello, es necesario elaborar una legislación extranacional que derogue las disposiciones nacionales (relativas a regular los contratos internacionales) unificadas o no.

Creándose un conjunto de disposiciones relativas a regular a los contratos internacionales de acuerdo con las exigencias del crédito y del *commercium* internacional.

Quintín Alfonsín nos dice que durante el transcurso de esta etapa, el derecho internacional privado deja de ser formal, es decir, resolutorio de conflicto de leyes y se transforma en material, esto es, en un derecho privado (civil o mercantil) directamente aplicable al contrato.

Esta etapa es incipiente pero será la definitiva. (321)

(321) Alfonsín, Quintín, Op. Cit., pp. 179.

BIBLIOGRAFIA

- Alfonso, Quintín Régimen Internacional de los Contratos. Montevideo, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y C.S. de la Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, 1950. 190 pp.
- Arce, Alberto G. Derecho Internacional Privado. 6a. Edición, Guadalajara, Ed. Universidad de Guadalajara, 1968. 313 pp.
- Asser, T.M.C. Derecho Internacional Privado. Obra completada por Alfonso River. Tr. y Prof. Joaquín Fernández Prida. Madrid, La España Moderna. 298 pp.
- Bayitch, S.A. "La Autonomía de las Partes en la Elección del Derecho Aplicable a los contratos". (The Connecting Agreement) Boletín del Instituto del Derecho Comparado de México. Año VII, Núm 19, México, D.F., enero-abril 1954. pp. 40-84.
- Boone Menchaca, Pedro Las Obligaciones Convencionales en el Derecho Internacional Privado. México, Tesis Profesional, U.N.A.M. 164 pp.
- Borja Soriano, Manuel Teoría General de las Obligaciones. Tomo I. México, Porrúa, 1939. 599 pp.
- De Buen Lozano, Néstor La Decadencia del Contrato. México, Textos Universitarios, 1965. 309 pp.
- Del Vecchio, Giorgio Filosofía del Derecho. Tr. y Prof. Luis Recasens Siches. Vol. I. Barcelona, Ed. Bosch, 1929. 531 pp.
- Diccionario de Derecho Privado 3a. Reimpresión. Tomo I. Barcelona, Ed. Labor, S.A. 1967. 2,012 pp.
- García Maynez, Eduardo Introducción al Estudio del Derecho. Prof. Virgilio Domínguez, 11a. Edición, México, Porrúa, 1963. 444 pp.

- Gutiérrez y González, Ernesto Derecho de las Obligaciones. 2a. Edición, Puebla, Cajica, 1965. 943 pp.
- Lazcano, Carlos Alberto Derecho Internacional Privado. Argentina, Ed. Platense, 1965. 748 pp.
- Miaja de la Muela, Adolfo Derecho Internacional Privado. Tomo II. 5a. Edición. Madrid, Ed. Atlas, 1970, 488 pp.
- Niboyet, J.P. Principios de Derecho Internacional Privado. Tr. Andrés Rodríguez Ramón. Madrid, Ed. Reus, 1930. 796 pp.
- Pichardo Estrada, Félix La Autonomía de la Voluntad en el Orden Jurídico. Prof. Dr. Roberto A. Estava Rufz. México, Porrúa, 1958. 114 pp.
- Salazar Flor, Carlos Derecho Civil Internacional. Quito, Imp. de la Universidad Central, 1955. 692 pp.

Legislación:

Código Civil para el Distrito y Territorios Federales. (1928), Ed. Porrúa, S.A., México, 1964.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Territorios. (1932) E. Porrúa, S.A., 9a. Ed., México.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (1917), Ed. Porrúa, S.A., 30a. Ed.

CONTENIDO:

	Pág.
PRIMERA PARTE:	
EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS NACIONALES	
INTRODUCCION A LA PRIMERA PARTE	1
CAPITULO I: EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD	2
1.- Teoría Subjetiva	3
2.- Teoría Objetiva	9
3.- Teoría Ecléctica	12
CAPITULO II: LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LA DOCTRINA	14
CAPITULO III: LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD, LAS NORMAS DISPOSITIVAS Y LAS DE COMPETENCIA NORMATIVA LEGAL	22
1.- Las normas imperativas y las dispositivas	22
2.- Clasificación de los fines que persiguen algunas normas imperativas en materia de contratos en el Código Civil vigente de 1928	30
CAPITULO IV: ANALISIS DE ALGUNAS DISPOSICIONES SOBRE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LOS CODIGOS CIVILES	60
1.- Napoleón o Francés de 1804	61
2.- Para el Distrito Federal de 1870 y 1884	63
3.- Para el Distrito y Territorios Federales de 1928	66

SEGUNDA PARTE:

ANALISIS DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y OTROS SISTEMAS PARA ENCONTRAR LA LEY A LA QUE ESTAN SOMETIDOS LOS CONTRATOS EXTRANACIONALES	69
---	----

INTRODUCCION A LA SEGUNDA PARTE

CAPITULO I: EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	71
1.- El principio de la autonomía de la vo- luntad se funda en el derecho de libre contratación nacional	74
2.- Teoría del convenio relacionante de S.A. Bayitch	86
3.- Teoría de Henri Batiffol	109
CAPITULO II: UNIDAD Y DESMEMBRAMIENTO DEL REGIMEN DEL CON- TRATO INTERNACIONAL	113
CAPITULO III: ANALISIS DE LOS DIFERENTES SISTEMAS QUE DETERMINAN QUE ORDEN JURIDICO NACIONAL REGULA AL CONTRATO EXTRANACIONAL	128
1.- El sistema de la ley personal de las partes	128
2.- El sistema de la lex loci contractus cele- brati o de la ley del lugar donde se cele- bra el contrato	130
3.- El sistema de la lex loci solutionis o de la ley del lugar de la ejecución	135
4.- El sistema de las soluciones analíticas	140
a) Soluciones analíticas libres	
b) Soluciones analíticas basadas en la Autonomía de la voluntad	

Pág.

c) Soluciones analíticas basadas en la Lex Loci
Solutionis

CAPITULO IV: LA REGLAMENTACION EXTRANACIONAL DEL CONTRATO	154
CONCLUSIONES	162
BIBLIOGRAFIA	172